التطور فى ظل الثبات

فى

مصادر الإلتزام

(بمناسبة مرور مائتى سنة على التقنين المدنى الفرنسى)

الدكتور
نبيل إبراهيم سعد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامى بالنقض

الطبعة الأولى

٢٠٠٥

الناشر
دار الجامعة الجديدة للنشر
٢٨ ش سوتير - الأزاريطة
ت : ٤٨٦٨٠٩٩ الاسكندرية





مقدمة

إن الرجوع إلى التاريخ يعتبر خير معين لإثبات طابع الثبات لقانون الالتزامات فى تقنين نابليون ، وليبين لنا كيف أن ثبات النصوص لا يعنى بحال ثبات الحلول والجمود ، أو وقف التطور للنظم والأفكار القانونية . فى المقابل فإن التجربة أثبتت بما لا يدع مجالاً للشك أن عدم ثبات وإستقرار النظم والقواعد القانونية له من المضار الاقتصادية والاجتماعية التى تفوق بمراحل ثبات النظم وإستقرارها ، ولنا فى أنظمة الدول النامية خير مثال .

ويكفى للتدليل على ذلك أن نضرب مثلاً من التاريخ المصرى . فقبل صدور التقنين المدنى الحالى فى عام ١٩٤٨ (١) مرت مصر بمراحل تاريخية عصيبة حيث كانت ترزح تحت الاحتلال . وقد ترتب على ذلك أن فرضت عليها الامتيازات الأجنبية . وكان نتيجة لهذه الإمتيازات الأجنبية أن تعددت التشريعات المطبقة ، فهناك القوانين المختلطة ، والقوانين الوطنية ، والقوانين الشرعية . وقد ترتب على ذلك بالتبعية أن النظام القضائى المصرى اتسم أيضًا بتعدد المحاكم التى يتوزع عليها المتقاضين طبقاً لديانتهم أو لجنسيتهم ، فهناك المحاكم المختلطة ، والمحاكم الوطنية ، والمحاكم الأجنبية للأحوال الشخصية ، والمحاكم الوطنية للأحوال الشخصية (٢) .

وكانت المحاكم المختلطة تختص بالمنازعات بين الجنسيات المختلفة ليس ذلك وقت نشوء الحق المدعى به وإنما لحظة النطق بالحكم ، وهذا يعتبر تفسيراً مغلوطاً للمادة ٥ من القانون المدنى المختلط . كما أنه إذا نازع شخص من جنسية ثالثة – ولو احتمالياً – فى قضية لم تكن إلا

---

(١) دخل حيز التطبيق فى ١٥/١٠/١٩٤٩ .

(٢) لم تكن مصر عرفت بعد القضاء الإدارى ، أنظر :

Pierre Arminjon, Le code civil et l'Egypte , in le code civil, 1804- 1904, Livre du centenaire, Tom. II, p. 749 Duchemin, Paris 1969.

بين متقاضين من جنسية واحدة اختصت بهذا النزاع على الفور المحاكم المختلطة . وقد ترتب على ذلك نتيجة غاية فى الشذوذ أن أحداً لا يستطيع أن يحدد وقت إبرام التصرف المحكمة التى سيلجأ إليها عند النزاع أو القانون الذى سيحكم هذا النزاع ، مما أدى إلى عدم التيقن وفتح المجال واسعاً للإحتيال (١) .

ولم يظفر التشريع المصرى بالاستقلال إلا فى عام ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونتريه ١٩٣٦ هى صك إستقلاله ، كما ظفر القضاء المصرى بالتوحيد بعد فترة الإنتقال وزوال المحاكم المختلطة (٢) وفى مراحل لاحقة تعمق هذا التوحيد بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية فى عام ١٩٥٥ .

وفى نفس السياق نجد أن التقنين المدنى النمساوى – على عكس كل من التقنين المدنى الألمانى والسويسرى قد طرأ عليه الكثير من التعديلات مما أفقده الكثير من قيمته رغم أنه لا يقل أهمية عن التقنينين السابقين .

ومن الطريف أن نذكر فى هذا المقام أنه تم الاحتفال بالمئوية الأولى للتقنين المدنى والفرنسى فى باريس فى ٢٧ – ٣٠ أكتوبر ١٩٠٤ بناء على مبادرة من Raymond Saleilles سكرتير عام جمعية الدراسات التشريعية "La société d'études legislatives" فى أول مايو ١٩٠٢ . وشارك فى هذه الاحتفالية كبار فقهاء ذلك العصر وتم طبع أعمال هذه الاحتفالية فى كتابين : الكتاب الأول ، يشتمل على الجزء الأول والمتعلق بالعموميات Généralités ، والجزء الثانى المتعلق بدراسات متخصصة études spéciales . والكتاب الثانى ويشتمل على الجزء الثالث ، خاص بالتقنين المدنى فى الخارج Le code civil à l'étranger ،

---

(١) المرجع السابق ، ص ٧٥٠ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٦٤ ، ص ٨ .

والجزء الرابع ويتعلق بمسألة المراجعة أو التعديل La question de la revission والذى يهمنا من هذا العرض هو الجزء الأخير من هذا التقنين ، حيث اختلف الفقهاء حينذاك حول هذه المسألة . وقد كان من أنصار عدم جدوى التعديل الفقيه الكبير Marcel planiol فى مقاله المحرر بعنوان "L'inutilité d'une revision générale de code civil" وقد استوقفنى تفرقته الثاقبة بين مجموعتين من النصوص فى التقنين المدنى ، المجموعة الأولى ذات أهمية سياسية ، والمجموعة الثانية ليست لها إلا قيمة علمية . ومن امثلة المجموعة الأولى السلطة الأبوية ، عدم اهلية المرأة المتزوجة ، المواريث . وغير ذلك . أما المجموعة الثانية فتتعلق بالمسائل القانونية الفنية ، ومن امثلتها آثار شرط التضامن وأشكال الإبراء . ويرى أنه من المنطقى أن المجموعة الأولى تتعرض للعديد من التعديلات نتيجة لإهتمام الأحزاب السياسية بها . أما المجموعة الثانية فإنها ذات طابع فنى مستقل عن أى توجهات إجتماعية ، ولذلك فلا تهتم بها الأحزاب السياسية ، وبالتالى قلما تتعرض للتعديل ولا تلقى إهتماماً إلا من جانب أساتذة القانون ورجال القضاء (١) .

وبالمصادفة كنت قد عكفت على دراسة نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى مجال نظرية الالتزامات (٢) لمعرفة مدى ما أصابها من تعديل وقد هالنى صدق نبوءة الفقيه M. planiol حيث أن هذه التعديلات لم تتجاوز فى مجملها العشرة على مدار مائتى عام . كما أن معظم هذه التعديلات ترتكز فى مجال الأهلية (قانون ٣ يناير ١٩٦٨ تعديل المواد ١١٢٤ – ١١٢٥ وإضافة المادة ١١٢٢٥-١) كما أن التعديل الذى أدخل على أحكام الدعوى البوليصية فى المادة ١١٦٧ بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٥ كان متعلقاً بالمواريث والزواج والنظام المالى المشترك ، والمادة ١٣٠٥ والخاصة بحماية القاصر من الغبن (بقانون ١٤ ديسمبر

---

(1) op. cit., le code civil.., II, p. 958, II.

(2) Code civil, 102 édit., Dalloz, 2003.

١٩٦٤) والمادة ١٣٠٨ والمتعلقة أيضاً بالقاصر الذى يمارس مهنة معينة (بقانون ٥ يوليو ١٩٧٤) والمادة ١٣١٢ المتعلقة بحماية القاصر والبالغ الخاضع للوصاية (بقانون ١٨ فبراير ١٩٣٨) .

اما فيما يتعلق بالقواعد القانونية الفنية ، فإن أهم ما ورد عليها من تعديلات كان يتعلق بأحكام الشرط الجزائى الواردة فى المادة ١١٥٢ والمادة ١٢٣١ (بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ والمعدل بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) وتلى ذلك فى الأهمية التعديلات التى أدخلت على أحكام المسئولية التقصيرية والتى كانت تتسم بالاقتضاب الشديد منذ البداية . من ذلك التعديل الذى أدخل على المادة ١٣٨٤ مدنى وفرنسى والخاص بالمسئولية عن الحريق (بقانون ٧ نوفمبر ١٩٢٢) والتعديل الخاص بمسئولية متولى الرقابة (بقانون ٤ يونيو ١٩٧٤) والذى جعل الأب والأم عند ممارستهم للسلطة الأبوية L'autorité parentale (وهى حلت محل كلمة «الحق فى الرقابة» "le droit de garde" بقانون ٤ مارس ٢٠٠٢) مسئولان بالتضامن عن الأضرار التى يسببها أولادهم القصر المقيمين معهم . وكذلك تعديل جعل مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض يقبل إثبات العكس (بقانون ٥ ابريل ١٩٣٧) وأخيراً التعديل الطارئ على المادة ١٣٨٦ والخاص بتنظيم المسئولية عن فعل المنتجات المعيبة La responsabilité du fait des produits défectueux (بقانون ١٩ مايو ١٩٩٨) والذى أضاف المادة ١٣٨٦-١ إلى ١٣٨٦-١٨ .

فيما وراء ذلك فإن التعديلات الأخرى فى هذا المجال كانت هامشية ، من ذلك التعديل الخاص بالأعذار ووسائله الواردة فى المادة ١١٣٩ (قانون ٩ يوليو ١٩٩١ والذى دخل حيز النفاذ فى أول يناير ١٩٩٣) وهذا القانون ذاته أدخل تعديلات أيضاً على المادة ١١٤٤ خاصة بتنفيذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بعد الحصول على إذن القضاء ، وإمكانية الحكم على المدين سلفًا بالمبالغ اللازمة لهذا التنفيذ ، والمادة ١١٤٦ للإعفاء من الاعذار فى حالة ضرورة تنفيذ الالتزام فى ميعاد

معين وفوات هذا الميعاد . كما أن هذا القانون ألغى نصوص المواد من ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ .

وهذه التعديلات الأخيرة كانت نتيجة تأثير قوانين حماية المستهلك والتى كان من أثرها تنظيم الشروط التعسفية تنظيمًا تفصيليًا (L.132-1 et s. code de consom.) والمعدلة بقانون ١ فبراير ١٩٩٥ المستوحى من التوجية الأوروبى الصادر فى ٥ أبريل ١٩٩٣) (١) والذى كان له بالضرورة إنعكاس على المادة ١١٣٤ مدنى . فى نفس هذا الإطار تم تنظيم مهلة الوفاء تنظيماً تفصيلياً فى المادة ١٢٤٤ (بقانون ٩ يوليو ١٩٩١ السابق الإشارة إليه) بإضافة المواد ١٢٤٤-١ ، ١٢٤٤-٢ ، ١٢٤٤-٣ . وأخيراً كان من أثر تعديل قانون الإفلاس بقانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ أن انعكس على المادة ١١٨٨ والخاصة بالأجل ، حيث حرم المدين من الإستفادة من الأجل إذا هو أنقص بفعله التأمينات التى قدمها بمقتضى العقد ذاته .

ونحن نرى أن الثبات والاستقرار الذى اتسم بهما التقنين المدنى الفرنسى فى مجال نظرية الالتزامات إنما يرجعان إلى عدة أسباب منها: **أولاً** ، أن هذه النظرية ، بقسميها ، تتميز بأن التجريد فيها ، وبالتالى التعميم ، قد بلغ حداً لم يبلغه فى أى فرع آخر من فروع القانون (٢) ، **ثانياً** ، أن التقنين المدنى الفرنسى اقتصر فى تنظيمها على العام من المبادئ والكليات دون الخوض فى الخاص من التفصيلات والجزئيات . لذلك تعتبر نصوصه فى يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل ، بما له من حرية فى التفسير كما سوف نرى ، إلى ملاءمتها وتكيفها ، رغم بعد العهد بوضعها ، وفقاً لما يستجد من ظروف الحياة العملية ، **ثالثاً** ،

(1) ch. Larroumet, droit civil, Tom 3, les obligations, le contrat, 3éd 1996, n° 125 p. 109, F. Terré, ph. simler, Y. lequette, droit civil, les obligations, 7éd 1999, n° 307, p. 303.

(٢) أنظر نبيل سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٣ ، ص ٩ .

أن الطابع الغالب على قواعد قانون الالتزامات هو الطابع المكمل والمفسر لإرادة الأطراف مما جعل هذه النصوص تتسع لتستوعب كل ما يجد فى الحياة العملية من فروض حيث أن إرادة الأطراف ستتولى تنظيمها بما يتفق ومصالحها وحاجياتها (١) .

وفى الختام نود أن ندلل على ثبات وإستقرار نظرية الالتزامات فى تقنين نابليون بمقارنتها بما ورد من تنظيم لبعض جوانبها فى تشريعات حماية المستهلك التى طرأ عليها - حتى بعد تجميعها ووضعها بين دفتى تقنين الاستهلاك le code de consommation - الكثير من التعديلات لدرجة أنه يصعب فى كثير من الأحيان على المتخصصين فى هذا المجال ملاحقة هذه التعديلات . ويحضرنى فى هذا المقام أن المشرع الفرنسى فى قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ . والخاص بوقاية وعلاج العقبات الناشئة عن الإسراف فى الاستدانة للأفراد والأسر وقد نص فى نهايته على أن «تتابع الحكومة تطبيق هذا القانون خلال السنتين التاليتين لنشره وتقدم تقريراً بذلك إلى البرلمان» (٢) فعلام يدل ذلك ؟؟!!

خطة الدراسة :

هذه الدراسة ستنقسم إلى قسمين ، قسم نظرى نعرض فيه للأسس الفلسفية والتاريخية لهذا التطور ، وقسم تطبيقى أو عملى نعرض فيه لمحات لكيفية هذا التطور فى نطاق مصادر الالتزامات . وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة على النحو التالى :

---

(١) أنظر حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ١٩٦٧ ، دار النهضة العربية بيروت ، فقرة ١٤٢ ص ٢٩٧ .

M. planiol, article précité, II p. 981. et V p. 982.

(2) Loi n° 89 - 1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficulté liées au surendettement des particuliers et des familles .

المبحث الأول : الفكر القانوني والفلسفي وأثره على تطور نصوص التقنين المدني الفرنسي .

المطلب الأول : في القرن التاسع عشر .

المطلب الثاني : في القرن العشرين .

المبحث الثاني : لمحات للتطور في ظل الثبات في نطاق مصادر الالتزامات .

المطلب الأول : في مجال العقد .

المطلب الثاني : في مجال المسئولية المدنية .

المطلب الثالث : في مجال الإثراء بلا سبب .

المبحث الأول

الفكر القانونى والفلسفى وأثره على تطور نصوص التقنين المدنى الفرنسى

تمهيد :

كان للفكر القانونى والفلسفى تأثير عميق على تطور نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فعند وضع التقنين أحاطت به هالة من التقديس ترتب عليها أن نشأت مدرسة التزام النص L'école d'éxégès وما ترتب على ذلك من جمود طوال القرن التاسع عشر تقريبًا . فى أواخر القرن التاسع عشر ظهر بعض الفقهاء المهتمين بالتنظير مما فتح المجال ليصبح القانون علمًا حقيقيًا من امثال Aubry et Rau . ثم توالت بعد ذلك الدراسات فى القرن العشرين تحت تأثير الدراسات الفلسفية والإجتماعية والتاريخية أمثال (Ehrilch, Gierke, leland) ، لتسود مدرسة القانون الحر L'école du droit libre ولتفتح مجالاً واسعًا لتطور حقيقى للفكر القانونى . وعلى ذلك سنعرض ، فى **مطلب أول** ، لتأثير هذا الفكر فى تطور نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى القرن التاسع عشر ، ثم نستكمل هذا العرض ، فى **المطلب الثانى** ، خلال القرن العشرين لنبين كيف كان التطور فى ظل الثبات من خلال نظرية الالتزامات .

المطلب الأول

فى القرن التاسع عشر

فى هذا المطلب نعرض للتقنين المدنى الفرنسى كما اراده نابليون ، ثم كيف نشأت مدرسة التزام النص ، واخيرا لإنفتاح أوبرى ورو ، وأثره فيما بعد .

أولاً : التقنين المدنى كما أراده نابليون

إذا كان التقنين المدنى الفرنسى صدر عام ١٨٠٤ إلا أنه يعتبر بلا جدال خلاصة للحقبة التقليدية للأفكار القانونية للقرن الثامن عشر ، بل يذهب بعض الفقهاء إلى أبعد من ذلك ، إلى القرن السادس عشر (١) . على أى حال فإنه ليس هناك من شك فى «المصادر الفقهية للتقنين المدنى» (٢) .

كما أن هذا التقنين لم يأت من فراغ ، وإنما يقوم على ركائز أساسية سابقة عليه ، أولها ، الثوابت الثلاثة لإعلان حقوق الإنسان والمواطن : المساواة (م١) ، الحرية (م١٩) ، إحترام الملكية الخاصة (م١٧) . وثانيها ، المرسومان اللذان يعتبران نقطة الإنطلاق : مرسوم ٤ - ١١ أغسطس ١٧٨٩ الذى ألغى نظام الإقطاع ، مرسوم ١٤ - ١٧ يونية ١٧٩١ الذى ألغى نظام الطوائف . التكامل بين هذين المرسومين يجعلهما يستجيبان لمبدأى الحرية والمساواة الذين بدورهما كانا أساسًا : أولاً ، للحرية التعاقدية (لأن الأفراد المتساوون والأحرار هم

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :

P. Dubouchet, op. cit., p. 112.

(٢) امثال : Domat, Bourjon, D'Aguesseau, Pothier ومن الفلاسفة القانونيين امثال Grotius, Leibniz, Wolf واخيرا : la doctrine du droit de kant ومن قبل كل هؤلاء Justinien, Gratien, Cujas .

وحدهم الذين يستطيعون التعاقد) ثانياً : للمسئولية (لأنه لا يكون مسئولاً إلا الأفراد الأحرار ، وبالتالى يمكن افتراض المساواة فيما بينهم فى تعويض الأضرار التى تلحق بالغير) . كما أن المادة ١٧ من الإعلان والخاصة باحترام الملكية الخاصة والذى يعتبر المرسوم ٤ - ١١ اغسطس ١٧٨٩ الذى الغى الإقطاع إستجابة لها قد اديا إلى أن يحل محل الملكية الإقطاعية الاعتراف بالملكية الحديثة ، الفردية والخاصة .

وفى مجال الأسرة إن الإصلاح الجوهرى قد بدأ بقانون ١٥ - ٢٨ مارس ١٨٩٠ ، وقانون ٨ - ١١ ابريل ١٧٩١ والذى الغى حق البكورية le droit d'ainesse . وقانون ٢٠ سبتمبر ١٧٩١ الذى حدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة للجنسين . هذه التشريعات الغت التفاوت بين الأشخاص ، وبالتالى الإستجابة لمبدأى المساواة والحرية . وقد كان من اثر ذلك ان حلت الأسر الحديثة محل الأسرة شبه الأبوية La famille quasi- patriarcale (١).

يتضح مما سبق أن القانون الوسيط تضمن فى طياته الركائز الأربعة الأساسية للتقنين المدنى : الملكية - العقد - المسئولية - الأسرة . هذه الركائز الأربعة تترجم فى ، الواقع ، أربعة مبادئ أو أنظمة رئيسية . ولذلك لم يخطئ العميد Georges Ripert حين قال أن التقنين المدنى يشكل بحق «قانون دستورى خاص» "droit constitu- tionnel privé" . كما أن Portalis أعلن فى الكتاب التمهيدى «أننا لم نضع تقنيناً ، وإنما يصنع مع الوقت» "on ne fait pas un code; il se fait avec le temps" .

فواضعوا التقنين تصرفوا حينئذ كمشرعين حقيقيين Comme de législateurs بكل ما تحمله هذه الكلمة من نبل وسمو ليضعوا «الميثاق

---

(1) P. Dubouchet, op. cit., p. 113 .
- Ibid, p. 115 .

المدنى لفرنسا» "La chart civile de la france" ولذلك يقال بحق عن التقنين المدنى الفرنسى بأنه «الدستور المدنى لفرنسا» "Constitution civil de la france" (١) وهذا ما أراده نابليون فأطلق عليه "Chart napoléonienne du droit civil" حيث أراد نابليون أن يضع تقنيناً ليبقى بصفة دائمة . وهذا ما عبر عنه فى مقولته الشهيرة .

«إن مجدى الحقيقى ليس هو إنتصارى فى أربعين موقعة ، حيث أن موقعة ووترلو قدمحت ذكريات مثل هذه الإنتصارات ، وإنما هو تقنينى المدنى الذى سيعيش أبداً ولا شئ يمحوه» .

"Ma vrai gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. ce que rien n'effecera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil" (2) .

ثانياً : مدرسة التزام النص

L'Ecole de exégès

إن ظروف وضع التقنين المدنى أدت إلى أن الفقه قد تلقاه ببالغ الاهتمام وأحاطه بهالة من التقديس على اعتبار أنه كان أول عمل تشريعى ضخم تولته دولة فى العصر الحديث . وقد نشأ على إثر ذلك «مدرسة التزام النص» .

هذه المدرسة تقوم على أسس ثلاثة :

١- اللغة الواضحة التى صيغ بها التقنين .

٢- الاكتفاء الذاتى بنصوص التقنين .

---

(١) هذا لا يعنى أنه الدستور الوحيد فهناك الدستور السياسى (celle de l'an VIII) والدستور الإدارى ، والدستور المالى والنقدى ... الخ ولكنه الدستور الوحيد من بين كل هذه الأعمال الذى أراد نابليون له الديمومة هو «الدستور المدنى لفرنسا» .

(3) Ibid, note 9 p. 115.

٣- النظر إلى التقنين باعتباره نظام متكامل ومتجانس .

- بالنسبة للأساس الأول ، فقد أولاه ممثلى هذه المدرسة أهمية كبيرة ، فنجد فقيه مثل Bugnet يقول «أنا لا أعرف القانون المدنى ، أنا أعرف فقط تقنين نابليون» ونفس الشئ يؤكده Demolombe فى تقديمه لكتابه cours de code napoléon فيقول «فى ملتى واعتقادى أن النصوص قبل كل شئ» وفى نفس الإطار يقول فى تقديمه لكتابه "cours élémentaire de droit civil" «إن التقنين المدنى صيغ فى عبارات واضحة ومحددة تعطى للقانون أساسًا ثابتًا ومحددًا» . هذه البدهية الأولى «لمدرسة التزام النص» اعتبرها Julien Bonnecase «سمة مميزة» "Trait distinctif" وسمة أساسية "Trait fondamen- tal" وأطلق عليها «تقديس نص القانون» "le culte du texte de loi" .

وقد ترتب على هذه المسلمة الأولى نتيجة بسيطة ومنطقية «أنه لا دور للقاضى أمام النص» "le juge doit s'efface devant le texte" وهذا ما أكده بوضوح Mourlon منذ ١٨٤٦ حيث قال un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi; car il est institué pour juger selon elle et non pour la juger" .

أى أن القاضى الجيد لا يعمل عقله أمام النص ، لأنه نُصب ليحكم طبقًا للنص لا ليحكم عليه» وبناء عليه طالب Demolombe بشدة بالتفسير الضيق للنص (١) .

- بالنسبة للأساس الثانى ، وهو مرتبط ارتباطًا وثيقًا بالأساس الأول ، فالاعتراف بالأهمية البالغة للغة التى تم صياغة القانون بها تؤدى منطقيًا إلى الاكتفاء الذاتى بنصوص التقنين ، وهذا يعنى أنه لا يجوز الرجوع إلى الأنظمة السابقة لتفسير الأنظمة الحالية ، أى أنها ترفض الطريقة التاريخية "La méthode historique" التى ترجع إلى القانون

---

(1) Paul Dubouchet, op. cit., p. 168

القديم والقانون الروماني . واعتبر Proudhon هذه الطريقة التاريخية ضد «وحدة التشريع الذى وضعه نابليون» وتحمل فى طياتها «كثيراً من الأحكام المسبقة القديمة» .

– أما بالنسبة للأساس الثالث ، وهو مرتبط بسابقيه ، يقوم على فكرة بسيطة وهى أن التقنين المدنى هو المصدر الأول والوحيد لكل القانون . وقد ترتب على ذلك ثلاثة مبادئ حاكمة لمسيرته فيما بعد وهى : ١– أن التقنين كل مغلق fermé ٢– وأن التقنين كل متكامل complet ٣– وأن التقنين كل متجانس cohérent .

هذه البدهيات الثلاث مترابطة لأنها تنظر إلى التقنين على أنه كل مغلق وبالتالى لابد وأن يكون كل متكامل ومتجانس . وهذا يعنى أنه يشمل فى ذاته على حل لكل المشاكل والصعوبات التى قد تظهر حين تطبيقه . وقد ترتب على ذلك أن الاختلاف بين القضاة وأساتذة القانون، بين القضاء والفقه ، لم يكن ملحوظاً كما هو عليه الحال الآن .

ولذلك تحول «أساتذة القانون المدنى » إلى «أساتذة للتقنين المدنى» كما لاحظ J. Bonnecase (١). فالتقنين المدنى لا يمكن أن نجد فيه ثغرات أو نقص أو تناقض . ولإكتشاف هذا المنطق ، وهذا التجانس ، «يكفى أن تتبع النص دون أن تبتعد عنه أبداً» هذا ما اكده Laurent ثم أضاف «النص يقدم لنا المبادئ المؤكدة ، ومنذ اللحظة التى نبتعد فيها عنه يصبح كل شئ بالضرورة غير مؤكد» (٢) .

ثالثاً : إنفتاح أوبرى ورو وأثره :

وقد ترتب على سيادة هذه المدرسة فى القرن التاسع عشر أن ظهر خصوم لفكرة التقنين ذاتها وهاجموا بشدة هذه الفكرة على أساس أنها تؤدى إلى جمود القانون وقصوره عن ملاحقة التطورات المستجدة .

---

(1) P. Dubouchet, op. cit., p. 174.

(2) Ibid, p. 176.

ولكن ظهور بعض الفقهاء من أتباع هذه المدرسة مثل Aubry et Rau خفف كثيراً من غلوائها وكذلك ظهور المدرسة التاريخية على يد Ray-mond saleilles قد أدى إلى أفول «مدرسة التزام النص» وأدى ذلك إلى تحرير القانون وإنفتاحه على الفروع غير القانونية ، كالاقتصاد السياسي والفلسفة على يد Beudant ، والدراسات المقارنة على يد Bufnoir ، مما مهد لظهور مدرسة القانون الحر كما سوف نرى

- طريقة أوبرى ورو وأثرها :

تعاون العميد Aubry مع الفقيه Rau فى كتابة مطولهما الشهير "Cours de droit civil français" فى ١٨٣٩ - ١٨٤٦ الذى أدى ظهوره إلى ثورة حقيقية فى عالم القانون الفرنسى فى ذلك الحين ، أى فى أثناء سيادة مدرسة التزام النص فى الواقع ، كانت هذه هى المرة الأولى التى يتجرأ فيها بعض الفقهاء الفرنسيين - عند دراستهم للتقنين المدنى - على عدم التزام الترتيب الوارد فى هذا التقنين (١) وقام الفقيهان باستخلاص الأفكار القانونية العامة ابتداءً من النصوص الموجودة ، ولذلك سميت هذه الطريقة باسميهما "La démarche d'Aubry et Rau" كما سميت فى بعض الأحيان «بالتنظير» Synthétique هذه الطريقة العلمية أدت إلى ظهور العديد من النظريات القانونية وكان أشهرها بطبيعة الحال نظريتهما فى الذمة المالية La théorie du patri-moine . وهذه القدرة على التنظير puissante synthèse جعلت القانون علماً بالمعنى الحقيقى وفتحت المجال أمام علم القانون الحديث (٢) .

---

(١) ليس هذا فحسب وإنما كانا أيضاً أكثر إنفتاحاً فى تفسير نصوص التقنين ولم يلتزما بما التزمت به «مدرسة التزام النص» أنظر المرجع السابق ص١٦٩

(2) P Dubouchet. op cit p 178 et s notam. p 180.

المطلب الثانى

فى القرن العشرين

فى أواخر القرن التاسع ومطلع القرن العشرين ظهرت حركة القانون الحر مستوحاة من التاريخ وعلم الاجتماع القانونى لتعيد تشكيل الفكر القانونى على يد الفقيه François Gény .

وعندما ارتقت المدرسة الفلسفية الفقهية والاجتماعية فى الولايات المتحدة فى أوائل القرن العشرين على يد عميد كلية الحقوق بهارفارد Roscoe pound والتى ترتكز على معيار المنافع الاجتماعية والقضاء الإجتماعى "la mesure des intérêts sociaux, sur la jurisprudence sociologique" . فقد شكلت أحد المصادر الهامة الذى استوحى منه فكرة معهد القانون المقارن بمدينة ليون فى عام ١٩٢٠ على يد Edouard Lambert ولنر ذلك بشئ من التفصيل .

أولاً : مدرسة القانون الحر

L'école du droit libre

على مدار القرن التاسع عشر وفى ظل سيادة «مدرسة التزام النص» كان ينظر للقانون غالباً على انه آلية ميتة وعقيمة un mécanisme mort et stérile على أساس أنه نشاط فنى محض وروتينى . ولذلك كان دور القاضى ، فى مثل هذه الأجواء ، سلبى عند تطبيقه للقانون ، كما أن الفقهاء اقتصروا فقط على «التعليق البارد» المقتصر على استخلاص الضوابط القانونية . وقد ترتب على ذلك أن أصبح القانون عاجزاً عن الإبداع والتجديد القادر على مواجهة الهجوم النوعى والكمى الكاسح للمشاكل الجديدة .

عندئذ أصبح من الضرورى أن يكون هناك رد فعل ضد هذا الجمود القانونى ، فظهرت حركة القانون الحر . والتى تعتمد على

البحث عن الجوهر الاجتماعى للقانون . ولذلك لم يكن مستغربا أن يكون أحد مؤسسيها من علماء الاجتماع القانونى Eugen Ehrlich ، الذى كان يشغل المركز من هذه الحركة . كما يجب الا ننسى دور Otto von Gierke الذى لم يكن ينتمى إلى حركة القانون الحر فحسب وإنما أيضاً إلى المدرسة التاريخية .

وقد دافع Gierk عن أن القانون ينشأ عن المجموعات الاجتماعية وخارج نطاق تدخل الدولة . فنظريته تقوم على تعدد الأنظمة القانونية "la pluralité des ordres juridiques" سواء فى نطاق القانون العام أو فى نطاق القانون الخاص .

– هذه النظرية دافع عنها أيضاً Ehrlich حيث اكتشفها بصفة أساسية فى القانون الخاص مستعيناً فى ذلك بعلم الاجتماع القانونى . ولذلك هو يؤكد على أن القاضى لا يختص فقط بتطبيق القانون ولكن أيضاً بتفسيره وتكملة ما يعتوره من نقص . وقد أثبت Ehrlich منذ عام ١٨٨٨ أن القاضى يعطى قدراً من حرية الحركة يسمح له بالرجوع إلى مفهوم طبيعة الأشياء "Le concepte de "nature des choses وإلى معايير حسن النية ، والأمانة ، الإثراء بلا سبب ، الآداب العامة ، وإلى دعوى الغش . وبهذه الطريقة يستطيع القاضى أن يأخذ فى اعتباره القانون الذى يجد مصدره فى المجتمع ، قانون حى ومتحرك فى تطور مستمر ، متسلحاً فى كل ذلك بالبحث عن العدل . هذا القانون يقابل القانون المعبر عن إرادة الدولة الذى هو بطبيعته ثابت ويؤدى إلى اضطراب فى الوضع القائم .

هذا الفقيه وعالم الاجتماع القانونى النمساوى قد أعطى لحركة القانون الحر كل أبعادها وأكد على طابعها الاجتماعى فى كتاب صدر له فى عام ١٩١٣ تحت عنوان "Fondation de la sociolgie du droit" وهو يرى أن الفقيه ينبغى عليه الا يقتصر فقط على دراسة «الضوابط المتضمنة فى القرارات» التى تصدر عن المشرع أو القاضى ، ولكن يجب عليه أن يهتم أولاً بأشكال التنظيم "les "formes d'organisation

السابقة على هذه القرارات والتى تجد حقيقتها فى العلاقات الاجتماعية ، كالملكية ، والعقد ، والأسرة ، والميراث ، والطائفة . وقد لخص أفكاره بشكل جيد فيما يلى : «أنه ليس صحيحاً أن الدولة بما تصدره من تشريعات هى المصدر الوحيد للقانون» «فالجزء الأكبر من القانون يجد مباشرة مصدره فى المجتمع ، حيث أنه هو النظام الداخلى للعلاقات الاجتماعية ، الزواج ، الأسرة ، الملكية المشتركة ، الحيازة ، العقود ، الميراث» (١) .

هذا البعد الاجتماعى لم يستفد منه حقيقة فى فرنسا إلا اعتباراً من عام ١٩٣٠ على يد Georges Gurvitch و Georges scelle فى الواقع إن François Gény يعتبر من أكبر المحدثين الذين أحيوا فى فرنسا حركة القانون الحر .

- فرنسوا جينى وتجديد الفكر القانونى الفرنسى :

يعتبر فرنسوا جينى François Gény مجدد الفكر القانونى فى فرنسا فى بدايات القرن العشرين وذلك من خلال مؤلفين شهيرين له ، الأول ، تحت عنوان طرق التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899) ، والثانى ، العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى – فى أربعة أجزاء – (١٩١٤ – ١٩٢٤) (٢) وقد هاجم بشدة تقديس وسطوة التشريع المكتوب لينضم بذلك إلى حركة القانون الحر باعتباره ، فى نفس الوقت ، أحد المبشرين بها – وذلك باستخدامه تعبير «البحث العلمى الحر» "libre recherche scientifique" منذ عام ١٨٩٩ ، ومن أوائل المستخدمين لنتائجها .

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر المرجع السابق ص ١٨٦ وما بعدها .

(٢) كان من حسن حظى أن أتيحت لىّ الفرصة للإطلاع عليهم جميعًا أثناء معيشتى فى فرنسا فى منتصف السبعينات من القرن العشرين ، وكم كان إعجابى ؟ وكم كانت إستفادتى ؟

وبالرغم من دعوته إلى البحث العلمى الحر إلا أنه لم يُسلم باعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون . فهو يرى أن دور القضاء هو مجرد تفسير القانون وليس الحلول محل المشرع ، إذ ليس له سلطة وضع القواعد المنظمة للعلاقات . فالفكرة الأساسية عند جينى ، على خلاف مدرسة التزام النص ، أن كل قانون يجب تفسيره فى ذاته ولذاته ولكن بالرجوع إلى الواقع الاجتماعى الذى سيطبق فيه ، اخذاً فى الاعتبار أحكام المحاكم وآراء الفقهاء على حد سواء .

وأساس فكرته فى التفسير الحر للقانون يكمن فى تفرقته بين «المعطى» le "donné" و«البناء» le "Construit" والتى تتضافر مع تفرقته أيضاً بين «العلم القانونى» la "Science juridique" «والصياغة القانونية» la "technique juridique" . هذه هى أهم المفاتيح الرئيسية لقمة أعمال فرنسوا جينى (١) .

وبهذا التطور يكون قد انتهى عصر مدرسة التزام النص ، وإنكشف زيف النظرة إلى التقنينات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، وضاعت إسطورة قدسيتها (٢) ، كما أن التصور الخاطئ لفكرة القانون باعتباره وليد إرادة الدولة ومشيئتها واعتبار التشريع بالتالى وسيلة الدولة الوحيدة وأداتها فى صنع القانون وفرضه قد توارت أمام حركة القانون الحر السابق الإشارة إليها بزعامة Ehrlich و Gierk .

ثانياً : مدرسة توازن المصالح أو القضاء الإجتماعى ومساهمة الفقه المصرى

كان لظهور فلسفة Roscoe pound النفعية والاجتماعية فى بداية القرن العشرين (١٨٧٠ - ١٩٦٤) فى الولايات المتحدة تأثير كبير على مدرسة Edouard lambert فى فرنسا ، بل كانت أحد المصادر الرئيسية

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر المرجع السابق ، ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) فى نفس هذا المعنى حسن كيرة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٨ .

التى استوحاها عند إنشائه معهد القانون المقارن فى ليون عام ١٩٢٠ .

– مدرسة روسكوباوند Roscoe pound تقوم على إعطاء وجه جديد لعلم الاجتماع القانونى . هذا الوجه الجديد جعله قريبًا من القانون الطبيعى ، أو على الأقل من قانون طبيعى فى شكله الجديد ، عندما قدم فى دراسته الأخيرة التى ظهرت عام ١٩٦٠ بعنوان "Natural natural law and positive natural law" لكن شهرته التى ذاعت سواء فى الولايات المتحدة أو فى أوروبا ، منذ عام ١٩٢٠ ترجع فى الحقيقة إلى تحليله المتعلق «بتوازن المصالح» "la "balance des intérêts (balancing of interests) الذى أخذ فى الاعتبار ، ليس فحسب حقوق الأفراد ولكن أيضاً مصالح المجتمع ، والذى يرتكز فى نهاية المطاف على فكرة القضاء الاجتماعى "la jurisprudence sociologique" والتى بسطها بوضوح عام ١٩٢١ بكتابه "The spirit of the common law" المعتبر «الكتاب الأكثر عمقاً وأصالة» حسب تعبير Patterson .

وعلى ذلك نجد أن الفكر القانونى لروسكوباوند يقوم على فكرتين رئيسيتين ، البحث عن التوازن الاجتماعى (الأولى) "la recherche des equilibres sociaux" والتى ترتكز على موضوع القضاء الاجتماعى الذى يجب أن ينفتح دائماً على الجوهر الاجتماعى الذى يعتبر مصدراً رئيسياً له . وذلك على خلاف القضاء الميكانيكى أو الآلى "la jurisprudence mécanique" . الذى يقوم على مجرد التطبيق المنطقى والمستخلص من القواعد القانونية المنغلقة على نفسها (الثانية) (١) .

- مدرسة ليون للقانون المقارن وتحليل النموذج ودور الفقه المصرى فيها :

كان للفقيه Edouard lambert دور كبير فى الدراسات المقارنة فى فرنسا خاصة بعد توليه إدارة معهد القانون المقارن فى ليون ١٩٢١ ،

(١) انظر فى تفـ [illegible] أكثر المرجع السابق ص ١٩٤ وما بعدها .

ولكن قبل أن ينغمس فى الدراسات المقارنة قد عمل لفترة طويلة (١٨٩٣ - ١٩٢٠) كرئيس لقسم التاريخ العام للقانون ؛ وقد كرس ، طول هذه الفترة ، كل جهده للدراسة المقارنة مع القانون الرومانى ، ثم انتقل بعد ذلك إلى دراسة القانون المقارن حيث أولى اهتمامًا كبيرًا للقانون الانجلو - أمريكى le droit Anglo- américain ، وللفقه الإسلامى بسبب رحلته القصيرة إلى مصر وتوليه إدارة المدرسة الخديوية للحقوق بالقاهرة (١٩٠٦ - ١٩٠٧) ثم لحق بعض تلاميذه النابغين به إلى ليون ، حيث استكملوا معه دراستهم ، وهما السنهورى ، والعربى كما سيجئ البيان .

وقد كرس لامبير جزءًا كبيرًا من كتابه "la fonction du droit civil comparé" للفقه الإسلامى le droit musulman رغم أنه لم يعرف اللغة العربية ولم يعش فترة تذكر فى العالم الإسلامى ، وأصبحت نظريته فى هذا المجال معتمدة من كل الشرقيين خلال خمسة وعشرين عامًا على الأقل . كما أن لامبير قد اهتم ، تحت تأثير روسكوباوند ، بالقانون الأنجلو امريكى ، وبصفة خاصة القضاء الأمريكى الذى كان المصدر الرئيسى لكتابه "le gouvernement des juge 1921" والذى كان مصدر شهرته فى العالم أجمع . كما أنه قد اهتم بالتقنينات السوفيتية فيما بعد (١) .

- وقد كان اكبر مصادر التأثير على لامبير مدرسة القانون الحر كما عرضها فرنسوا جينى وريموند سالى من ناحية ، والقضاء الاجتماعى لروسكو باوند من ناحية أخرى . وقد كان لأعمال روسكو باوند بصفة خاصة تأثيرًا كبيرًا على نظرية مدرسة ليون فى تحليل المعيار l'analyse du standard .

فطبقًا لنظرية روسكو باوند يجب التفرقة بين اربعة أنواع من

(1) E.Lambert, le gouverment des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats- unis, Giard 1921.

الوسائل القانونية التى يجب أن يتميز بها كل نظام قانونى متطور (القواعد ، المبادئ ، المفاهيم ، المعايير) (les règles, principes , concepts et standardes) بينما نجد لامبير يفرق بين نوعين كبيرين من طرق استخلاص القانون وثباته : طريقة القواعد والمبادئ والمفاهيم ، وطريقة المعايير . فالثلاثة الأولى يعتبرون نوعًا من الأدوات التى تتضافر من أجل الاستقرار والثبات والأمان التى تعتبر من مقتضيات القانون ، بينما الرابعة ، تعتبر نوعاً من أدوات القابلية للتأقلم والحركة، والتى تستجيب للحاجة للتطور ، وهى أيضاً من سمات القانون .

وقد قام روسكو باوند من قبل بدراسة مختصرة ومقارنة للقواعد القانونية والمعايير ، ثم عاود لامبير ، فى مرات عدة ، دراسة هذه المشكلة ، لكن الدراسة المستفيضة لهذه المشكلة لم تتم بصفة خاصة إلا على يد اثنين من كبار تلاميذته المصريين (السنهورى والعربى) من خلال استفادتهما من النظرية القضائية الانجليزية المتعلقة بعقبات الممارسة الحرة لمهنة معينة ، تجارة ، صناعة (les restraint trade) سواء على النطاق العقدى أو غير العقدى .

وقد استفاد كل من السنهورى والعربى من القضاء الانجليزى على ضوء «التوازن القضائى للمصالح» la "balance judiciaire des intérêts" كما حددها لامبير فى عام ١٩٢١ فى جلسة افتتاح معهد القانون المقارن .

– فقام السنهورى فى رسالته فى عام ١٩٢٥ المتعلقة «بالقيود العقدية لحرية الفرد فى العمل (١) بعرض مستفيض لنظرية المعايير القانونية "les standards juridiques" فحيث القاعدة القانونية لا

---

(1) A.A.Al Sanhoury, les restriction contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise, contribution à l'étude compérative de la règle de droit et du standard juridique, Giard 1925, p 1-4 citée par paul Dubouchet, op. cit., p. 205 note 35.

يمكنها أن تتوقع كل شئ وأن تنظمه ، لذلك نجد أن المعيار هو أفضل وسيلة للتوقع ولتنظيم الروابط الاجتماعية باعتباره معياراً وسطاً للسلوك الاجتماعى ، مما يسمح بشكل جيد للقاعدة القانونية أن تتوقع المستقبل ، وتحقق التوازن بين المصالح الاقتصادية محل الاعتبار ولتميز ما يعتبر منها جدير بالحماية . وقد طبق ذلك بمهارة على شرط عدم المنافسة الذى قد يتضمنه عقد بيع المحل التجارى ، أو بيع حصة فى شركة ، أو عقود الجمعيات والشركات ، أو عقود العمل (١) .

- كما أن العربى عرض الوجه الآخر لنظرية قيود التجارة فى المجال غير العقدى فى رسالته التى تتعلق بـ "la conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique" (٢) وهو يدرس فيها معوقات الممارسة الحرة للمهنة ، للتجارة أو الصناعة التى تنشأ عن الضغوط الاقتصادية التى تمارسها التكتلات التجارية أو العمالية (٣) .

- هذه المدرسة تصب فى خانة التفسير الحر للقانون مع محاولة وضع الضوابط لذلك عن طريق نظرية توازن المصالح .

الخلاصة :

إن الأفكار القانونية والفلسفية السابق دراستها كان له أثراً حاسماً على مسلك كل من الفقه والقضاء الفرنسى الحديث حيث فتح أمامهما المجال واسعاً للاجتهاد ، ولذلك فقد قاما بدور كبير فى القانون الوضعى فى الوقت الحاضر .

وسنقدم فى المبحث الثانى نماذج سريعة لهذه الاجتهادات فى مجال نظرية الالتزامات ، وعلى وجه الخصوص مصادر الالتزام .

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر Paul Dubouchet, op. cit., p. 205 et s. .

(2) M.A.El- Araby, la conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique, Giard 1924 citée par p. Dubouchet, op. cit., p. 204 note 42 .

(٣) انظر فى تفصيل اكثر P. Dubouchet, op. cit., p. 207 et s .

المبحث الثانى

لمحات للتطور فى ظل الثبات

فى نطاق مصادر الالتزامات

تمهيد :

بالرغم من ثبات نصوص نظرية الالتزامات فى تقنين نابليون ، حيث أنه لم يطرأ عليها إلا تعديلات محدودة كما سبق أن رأينا ، إلا أن ذلك لم يحل دون تطور الكثير من أنظمتها نتيجة لإجتهادات الفقه والقضاء الفرنسى الحديث ، وتحت تأثير الأفكار القانونية والفلسفية السابق عرضها . وسنكرس هذا المبحث لإعطاء لمحات لهذا التطور فى مجال مصادر الالتزامات .

لكن قبل الخوض فى التفاصيل يجدر بنا أن نشير هنا إلى أن فكرة الالتزام ذاتها قد أصابها كثير من التطور . فإذا كان المشرع الفرنسى لم يتعرض مباشرة فى التقنين المدنى لتعريف الالتزام إلا أنه مع ذلك نجده قد تأثر كثيراً بالنظرية الشخصية للالتزام ، والتى كانت سائدة عند صدوره ، والتى تركز على اشخاص الالتزام اكثر من التركيز على محله أو موضوعه . وكان من نتيجة ذلك أن هذا التقنين قد اغفل تنظيم حوالة الدين ، رغم تنظيمه حوالة الحق ، كما أنه لم يول الاشتراط لمصلحة الغير اهتماماً كبيراً (١) علاوة على أن فكرة الذمة المالية لم تظهر إلا على يد Aubry et Rau كما سبق أن رأينا ، حيث أن التقنين لم يستخدم هذه الكلمة وإنما تكلم فقط على الأموال (أنظر المادة ٢٠٩٣ مدنى فرنسى) وفى مراحل التطور اللاحقة عرف القانون الفرنسى

---

(1) Tchendjou, les applications comptemporaines de la stipulation pour autrui, Thèse Paris 1995.

الوضعى حوالة الدين نتيجة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين وما يستلزمه ذلك من حوالة للحقوق والالتزامات فى آن واحد طبقاً للفقه التقليدى ، أو حلول للمتنازل محل المتنازل له فى مركزه العقدى فى رابطة عقدية قائمة بما يترتب على ذلك من إنتقال للحقوق والالتزامات ، وغير ذلك من حقوق ترخيصية وآثار أخرى للحلول فى الصفة العقدية ، طبقاً للفقه الحديث (١) . كما أن الذمة المالية أصبحت من الأنظمة والمصطلحات القانونية المعتمدة فى الفقه الحديث . كما أن تقسيمات الالتزامات أضيف إليها الكثير من التقسيمات التى لم يعرض لها مباشرة التقنين المدنى ، كالالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية (٢) والالتزامات الشخصية والالتزامات العينية وغير ذلك الكثير ، بل قد كرست لهذه التقسيمات ابحاث ورسائل دكتوراه لأهميتها القانونية .

خطة الدراسة :

سنركز دراستنا فى هذا المجال على الثلاثة أنظمة الرئيسية ، العقد ، والمسئولية ، والإثراء بلا سبب . ولا نقصد بهذا العرض بيان التطورات التى لحقت هذه المصادر الثلاثة بالتفصيل وإنما سنعرض فى لمحات سريعة لنماذج لتطور بعض الأنظمة القانونية .

---

(١) انظر نبيل سعد ، التنازل عن العقد ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية ، مزيدة ومنقحة ٢٠٠٠ .

(٢) انظر فى تفصيل اكثر Ph. le Tourneau, L. cadiet, droit de la responsabilité et des contrats, n° 2708, p. 615 et s .

المطلب الأول

فى مجال العقد

سنعرض للمحات التطور فى مفهوم العقد وأساس قوته الملزمة ، وفى تكوينه ، وفى آثاره . ولنر ذلك بشئ من التفصيل .

أولاً : التطور فى مفهوم العقد وأساس قوته الملزمة :

– رغم أن المشرع قد وضع تعريفًا للعقد فى المادة ١١٠١ من التقنين المدنى إلا أن هذا التعريف التشريعى لم يحل دون اختلاف الفقه حول التفرقة بين العقد والاتفاق "le contrat et la convention" (١) .
كما أن المشرع عرض لبعض تقسيمات العقود فى المواد ١١٠٢ – ١١٠٧ وقد قام الفقه بإضافة تقسيمات أخرى عديدة منها تقسيمات العقود إلى مدنية وتجارية ، وإلى عقود مساومة وعقود إذعان ، وعقود ذات اعتبار شخصى وعقود غير ذات اعتبار شخصى ، وتقسيم العقود إلى عقود فردية وعقود جماعية (٢) ، وعقود متعددة الأطراف وعمليات قانونية ذات أشخاص ثلاثة (٣) وغير ذلك من الأفكار القانونية التى لم يعرض لها التقنين المدنى .

---

(١) أنظر فى ذلك J. Flour, J.L. Aubert, Droit civil, les obligations, vol. I, L'acte juridique, n° 80 p. 57 et 58 J. carbonnier, Droit civil, les obligations, 1986, n° 23 p. 25 J. Ghestin, Traité de droit civil . les obligations, le contrat 1970, n° 5 p. 4. B. starck, Droit civil, obligations, 1972 n° 1009 p. 339, ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations, 1985, n° 224, p. 159, chr larroumet, op. cit., n° 73, p. 70 .

(٢) أنظر بصفة عامة Rouast, Essai sur la notion juridique de contrat collectif. thèse Lyon 1909, Roujou- de Boubée . Essai sur l'acte juridique collectif. 1961.

(3) Chr. Larroumet, les opérations juridiques à trois personnes en droit privé thèse Bordeaux 1968.

– كما أن أساس القوة الملزمة للعقد – مبدأ سلطان الإرادة – لم يعرض له التقنين مباشرة وإنما استخلصه الفقه من نصوصه (١) . فهذا المبدأ صياغة فقهية . وهذا المبدأ كان يعبر عن فقه الفلسفة القانونية التى كانت سائدة فى أعقاب الثورة الفرنسية ولذلك ظهر أول ما ظهر فى صورته المطلقة التى ترى أن الالتزام العقدى لا يرتكز إلا على إرادة المتعاقدين دون سواها ، كما أن هذه الإرادة هى التى تحدد فى الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات التى تم التعبير عنها . بل يذهب أنصاره إلى أبعد من ذلك ويروا أنه ، حتى فى خارج نطاق العقد ، يجب أن يقوم كل التزام على الإرادة ، وبدون ذلك لا قيمة له (٢) .

– هذا المبدأ كان له إنعكاس على تكوين العقد فنشأ عنه – بالنسبة لإبرام العقد – مبدأ الرضائية والذى يرى أنه يكفى لإبرام العقد مجرد التراضى دون اشتراط أى شكل أو إجراء أخر . ولذلك كان ينظر أنصاره إلى ما يتطلبه القانون فى بعض الحالات الاستثنائية من شكل معين أو إجراء معين لإبرام العقد على أنه من قبيل الأمور الشاذة . وبالنسبة لمضمون العقد – مبدأ الحرية التعاقدية – والذى يقضى بأن يكون الأطراف مطلق الحرية فى تحديد مضمون العقد بمعنى أنهم أحرار فى تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد . وقد ترتب على ذلك عدم جواز تدخل القاضى فى تقدير صحة العقد بإدخال عنصر أجنبى على الإرادة ، وكذلك ضرورة تفسير مبدأ عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب تفسيراً ضيقاً .

– كما كان لهذا المبدأ إنعكاس واضح على آثار العقد ، فمبدأ القوة

---

(١) انظر بصفة أساسية Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse, Dijon, 1912 .

(٢) انظر J. Flour, J.L. Aubert, op. cit., n° 549 et s, p. 68 et s, chr- larroumet, op. cit, n° 111 , p. 100 et s . وكذلك المراجع الفرنسية الأخرى السابق الإشارة إليها .

الملزمة للعقد فسر بشكل مطلق بحيث أصبح مبدأ عدم قابلية العقد للمساس هو الأساس بحيث لا يجوز للقاضي تعديل العقد إلا في الحالات التي يرخص بها القانون (م١١٣٤ مدني) . وقد التزم القضاء الفرنسي هذا المبدأ إلى الآن - على خلاف إجماع الفقه - بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة ، وكان ملتزماً به إلى عهد قريب - ١٩٧٥ - بالنسبة للشرط الجزائي . وبالنسبة لتفسير العقد فدور القاضي ينحصر فقط في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإعمالها .

وعندما تكون عبارة العقد غامضة أو غير واضحة أو ناقصة فلا يجوز للقاضي أن يدخل على هذا العقد الآثار التي يعتقد أنها أكثر عدلاً أو أكثر فائدة وإنما يستخلص الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر الإرادة المفترضة للمتعاقدين . وبالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقد ، فإن العقد لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة وبالتالي لا يمكن أن ينشئ في ذمة الغير التزامًا ولا يكسبه حقاً . وصياغة المادة ١١٦٥ توحي بأن هذا المبدأ مطلق والاستثناء قاصر على ما نصت عليه (م١١٢١) . ولذلك ذهب الفقه التقليدي بالنسبة إلى الخلف العام إلى اعتباره إمتداداً لشخصية سلفه حتى يفسر عدم اعتباره من الغير بالنسبة لعقود سلفه .

وحيث أن مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا صياغة فقهية لذلك ذهب الفقه التقليدي إلى البحث عن أساس فلسفي وإقتصادي لتدعيمه (١) .

وقد تعرض كل من الأساس الفلسفي والاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة لإنتقادات شديدة (٢) كما أن الصورة المطلقة لهذا المبدأ أثارت ردود فعل مناهضة لها لدى كل من الفقه والقضاء مما أدى إلى إنحساره وتطويعه لما جد من ظروف اقتصادية وإجتماعية . فعلى المستوى النظري أدى إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة إلى إنتكاس نظرية الإرادة

---

(١) انظر نبيل سعد مصادر الالتزام السابق الإشارة إليه ، ص ٣٤ وما بعدها
(٢) المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها

الباطنة التى كانت سائدة بلا منازع فى الفقه الفرنسى التقليدى . وقد ادى ذلك إلى إفساح المجال لنظرية الإرادة الظاهرة ودور Raymond saleilles لا يخفى على أحد فى هذا المجال (١) وعلى المستوى العلمى ذهب كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية عن طريق إعطاء معنى واسعاً لفكرة النظام العام والآداب وهما يقبلان ذلك لمرونتهما ، كما انهما اتجها – على عكس ما هو مستقر عليه تقليدياً – إلى تطبيق فكرة النظام العام والآداب ، ليس على محل العقد فحسب ، وإنما ايضاً على السبب وذلك بالأخذ فى الاعتبار الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد ، وإشتراط أن يكون هذا الباعث مشروعاً على النحو الذى سوف نراه فيما بعد . كما انه بالنسبة لمبدأ القوة الملزمة للعقد وتفسير العقد ومبدأ نسبية أثر العقد فقد حدث تطور كبير فى هذا المجال من جانب الفقه والقضاء على النحو الذى سوف نراه فيما بعد .

– علاوة على ما تقدم كان رد فعل المشرع نفسه اكثر عمقًا ، فبالنسبة لمبدأ الرضائية نجد هناك عودة إلى الشكلية فى التشريعات الحديثة ، أما بالنسبة لمبدأ الحرية التعاقدية نجد ايضاً أن إنحسار مبدأ سلطان الإرادة كان اكثر وضوحًا ، فقد يصل الأمر إلى إلغاء حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد وخير مثال على ذلك التأمين الإجبارى ، وقد يلغى المشرع حرية المتعاقدين فى تحديد التزاماته ، فالقوانين المتعلقة بالنظام العام أصبحت الآن عديدة ، كما انها اتسمت بخصائص جديدة ، فلم تعد سلبية ، فالمشرع قد يمنع بعض العقود أو بعض الشروط ، ومن ثم فقد أصبح النظام العام إيجابياً ، فالمشرع قد يفرض مضمون العقد أو يحل محل المتعاقدين فى تحديده ، وخير مثال على ذلك عقود الإيجار فى القوانين الاستثنائية وعقود التأمين وعقود العمل .

---

(1) R. saleilles, la déclaration de volonté, 1901 chabas, la déclaration de volonté en droit civil français, Thèse, Paris 1931 Rieg, le rôle de volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemend, 1961.

كما أن مبدأ القوة الملزمة للعقد لم يسلم من رد فعل المشرع ، حيث أصبح الآن تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمر غير شاذ ، فقد يهدف المشرع من وراء ذلك تجنب عدم العدالة التى تنشأ عن عدم المساس بالشروط الأولية الواردة فى العقد . من ذلك مثلاً تنظيم الشرط الجزائى منذ عام ١٩٧٥ . بل قد يذهب المشرع إلى أبعد من ذلك ويقصد به تحقيق المصلحة العامة وذلك تحقيقاً لمقتضيات السياسة الاقتصادية ، فقد يتدخل المشرع لخفض الأداءات المالية المتفق عليها ، ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات ، وإنما لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار إلى تحقيق سياسة محاربة الإنكماش (مثال ذلك المرسوم بقانون ١٦ يوليو ١٩٣٥ فى فرنسا) .

الخلاصة :

هكذا نرى أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مبدأ غير قابل للمنازعة ، وإنما أصبح متطوراً وذلك تحت تأثير السياسة الاقتصادية والاجتماعية المتغيرة غالباً ، وذلك فى عالم متطور وفى زمن من أهم خصائصه أنه غير مستقر .

- كما أن تشريعات حماية المستهلك كان تأثيرها أعمق أثراً وأبعد مدى (١) :

ثانياً : التطور فى مجال تكوين العقد :

وسنعرض هنا للتطور الذى أصاب أركان العقد وشروط صحته ، ثم نبين أيضاً التطور الذى طرأ على الجزاء المقرر عن تخلف أحد هذه الأركان أو تلك الشروط ، أى نظرية البطلان .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :

Chardin, le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, L.G.D.J. 1988, préface J.L.Aubert

١- فى مجال أركان العقد وشروط صحته :

سنعرض على التوالى ، لركن الرضا ، والمحل ، والسبب :

أ- بالنسبة لركن الرضا :

– ففى مجال صور التعبير عن الإرادة قد طرأ تطور كبير نتيجة وسائل التعاقد الحديثة كالفاكس والإنترنت وما أدخلته التجارة الالكترونية من تطورات عميقة فى هذا المجال . كما أن الفقه الحديث يذهب فى مجال التعبير الضمنى إلى التفرقة بين التعبير الضمنى العادى والتعبير الضمنى الواضح والذى يتطلب من القاضى التحرز فى استخلاصه ، خاصة فى مجال النزول عن الحقوق أو بصفة عامة فى مجال التصرفات الخطرة . كما أن السكوت ومدى اعتباره تعبيراً عن الإرادة قد مسه أيضاً التطور (١) .

– نظرية الإرادة الباطنة لم يعد لها السيادة كما كان لها من قبل ، حيث أنها كانت تبالغ فى الفردية إلى حد تهمل معه ما يترتب على التعبير من حيث اعتباره ظاهرة اجتماعية ، وإنما أفسح المجال لنظرية الإرادة الظاهرة بالقدر الذى يقتضيه استقرار التعامل ولا يخفى عن احد دور الفقيه Raymond Saleilles فى هذا المجال . وهذا ما قننه القانون المدنى المصرى الحالى .

– نظرية الإيجاب الملزم – نظرية قضائية (٢) فالأصل فى الإيجاب انه قابل للرجوع فيه طالما أنه لم يصدر من الموجب له قبول مطابق ، وبالتالى لم ينعقد العقد لكن تطبيق هذا الأصل على إطلاقه من شأنه أن يؤدى إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للمعاملات ، لأنه لو أبيح

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :

F. Terré, ph. simler, Y Lequeue, Droit civil, les obligations, 7^{e}éd, 1999, n° 118, p. 122 et s. chr. Larroumet, op cit.. n° 255, p. 236.

(2) Ph. Malaurie, L Aynès, op. cit., n° 245. p 179, chr. Larroumet, op. cit., n° 239, p. 219

للموجب فى كل الأحوال أن يرجع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول ، فلن يستطيع شخص أن يعتمد على إيجاب موجه إليه ، إذ هو لا يعلم ما إذا كان الموجب سيبقى على إيجابه أم سيرجع عنه قبل أن يستطيع أن يتدبر أمره بالقبول أو الرفض (١) .

ولذلك جرى القضاء الفرنسى ، رغم خلو التقنين من نص على ذلك ، على أن يكون الإيجاب ملزماً إذا اقترن بتحديد مهلة للقبول ، فلا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه فى خلال هذه المهلة . كما أنه لا يشترط أن تكون هذه المدة محددة صراحة وإنما يكفى أن تستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة (٢) وهذا ما نص عليه صراحة التقنين المدنى المصرى الحالى (م٩٣) .

– والأصل أنه لا يلزم فى الإيجاب شكلاً خاصاً . إلا أن تشريعات حماية المستهلك خرجت على هذا الأصل حيث تنص فى كثير من الحالات على أن يتضمن الإيجاب بيانات إلزامية معينة تدور حول إعلام المستهلك بنطاق التزامه (٣) .

وبالنسبة لإقتران الإيجاب بالقبول تثور صعوبات كثيرة فى هذا الصدد خاصة فى حالة تعاقد الشخص مع نفسه (٤) وحالة عقود الاذعان (٥) ، ولذلك قد طرأ تطور كبير فى هذا المجال .

–كما أن زمان ومكان انعقاد العقد لم ترد فيه نصوص صريحة فى التقنين المدنى الفرنسى مما فتح المجال واسعاً للعديد من النظريات الفقهية والاجتهادات القضائية والتى مازالت إلى الآن محل أخذ ورد فى

---

(1) J. Flour, J.L. Aubert, op. cit., n° 146, p. 162.

(2) F. Terré, ph. simler, Y. lequette, op. cit., n° 109, p. 111 et s .

(3) chr. Larroumet, op. cit., n° 242, p. 224.

(4) chr. Larroumet, op. cit., n° 257, p. 238 et

(5) ibid, n° 262, p. 242 et s.

مجال التعاقديين غائبين (١) .

وقد حسم المشرع المصرى هذه المشكلة بنص صريح (م٩٧) ولكن جعل هذه القاعدة من القواعد المكملة . وقد انحاز المشرع المصرى فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد إلى نظرية العلم بالقبول من جانب الموجب ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، ولكن قَوَّم هذه النظرية بأن افترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ولكن جعل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس (٢).

– كما أن التقنين المدنى الفرنسى لم ينص على قواعد عامة فى الوعد بالتعاقد أو النيابة فى التعاقد وإنما اتى بتطبيقات متفرقة ، ومع ذلك نجد أن الفقه يتجه إلى استخلاص قواعد عامة حاكمة من هذه التطبيقات المتفرقة (٣) ولذلك قد أحسن المشرع المصرى صنعاً عندما نظم فى قواعد عامة كل من الوعد بالتعاقد (م١٠١ ما بعدها) والنيابة فى التعاقد (م ١٠٤ وما بعدها) .

– **بالنسبة لشروط صحة الرضى :** فبالنسبة لعيوب الرضا بصفة عامة ، فقد كانت محلاً لإجتهادات فقهية واسعة (٤) ففيما يتعلق بالغلط كعيب من عيوب الإرادة نجد أن المادة ١١١٠ من التقنين المدنى الفرنسى فى صياغتها لا تسمح باستخلاص فكرة الغلط بسهولة ولذلك قام القضاء بتحديد هذه الفكرة ، كما أن الفقه قام بجهد كبير فى سبيل تحديدها (ويكفى أن نشير فى هذا الصدد إلى أهم الرسائل والدراسات فى هذا المجال Célice, l'erreur dans les contrats, 1922, J. Chestin,

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك Chr. Larroumet, op. cit., n° 280, p. 256 et s .

(٢) انظر نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ .

(٣) انظر على سبيل المثال بالنسبة للوعد بالتعاقد Chr. Larroumet, op. cit., n° 298, p. 267 et s

(4) Venandet, la protection de l'intégrité du concentement dans la vente commerciale, Thèse, Nancy 1976; chauvel, le vice du concentement, Thèse, Paris 1981

la notion d'erreur dans le droit positif français actuel, 2e éd. 1971, Malivaud, De l'erreur sur la substance D. 1972 chron, p215).

ومن أجل ذلك قام المشرع المصرى بتنظيم الغلط فى التقنين المدنى الحالى بأحكام تفصيلية متأثراً فى ذلك بما انتهى الفقه والقضاء الفرنسى الحديث . كما أن الفقه والقضاء المصرى قاما بإجتهادات هامة فى هذا المجال .

وبالنسبة للاستغلال فلم ينظمه القانون الفرنسى وذلك على خلاف كثير من التقنيات الحديثة . ولم ينظم سوى الغبن فى المادة ١١١٨ والتى نص فيها على أن الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا بالنسبة لعقود معينة وبصدد أشخاص معينين (١) .

وبالنسبة للأهلية فقد كرس التقنين المدنى الفرنسى لها الباب الحادى عشر من الكتاب الأول تحت عنوان "De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi" وهذا الجزء بالذات كان أكثر الأجزاء عرضة للتعديلات التشريعية المتوالية . وكان أهم هذه التعديلات قانون ٣ يناير ١٩٦٨ والمعدل بقانون ٥ يوليو ١٩٧٤ . وهذا التعديل شمل أيضاً المواد ١١٢٤ - ١١٢٥ وأضاف المادة ١١٢٥-١ .

ب- بالنسبة لركن المحل :

إن أكثر الشروط القابلة للتطور بالنسبة للمحل هو شرط المشروعية ، وبصفة خاصة عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب ، حيث أن هذا الشرط ارتبط أصلاً بفكرة فى غاية المرونة والتطور . ولذلك نجد أن هذا الشرط عرضة لكثير من التطور (أنظر على سبيل المثال بيع الحق فى العملاء المدنيين "La cession des clientèles civiles" (٢) وكذلك شرط أن يكون محل العقد من الأشياء الجائز

---

(1) Chr. Larroumet, op. cit., n° 407, p. 374 et s .

(2) Chaniot. Waline, la transmission des clientèles civiles, 1994.

التعامل فيها كان عرضة لكثير من التطور (١) .

كما أن شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين تعرض لكثير من التطور بصدد الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث أن هذا الالتزام له طبيعة خاصة ، إذ أن قيمة هذه النقود تتعرض للتقلبات ارتفاعًا وإنخفاضاً . وحيث أن القاعدة الثابتة فى هذا الصدد أن المدين لا يلتزم إلا بقدر عدد النقود المذكور فى العقد (أى القيمة الإسمية) دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م١٣٤ مدنى مصرى) هذه القاعدة تثير على المستوى التشريعى قضية الغبن (٢) ونظرية الظروف الطارئة وهاتان القضيتان محل تطور كبير خاصة فى الفقه الفرنسى) ولكن الذى يهمنا أن نذكره فى هذا الصدد أن الفقه الفرنسى يفرق فى هذا الصدد بين الالتزام بدفع مبلغ من النقود Dette de monnaie ، والالتزام القيمى Dette de valeur فى الأول يكون محله مبلغ محدد من النقود منذ البداية ، وفى الثانى يكون محله مبلغ من النقود لكن قيمة هذا المبلغ غير محددة بعدد معين من النقود منذ البداية ولكنها ستحدد عند الاستحقاق (٣) .

---

(1) Moine, les choses hors commerce, notion et régime, Thèse, Dijon 1994.

(٢) أنظر فى دراسة تفصيلية Chr. Larroumet, op. cit., n° 391, p. 350 à n° 427, p. 394 .

(٣) أنظر فى خصوصية الالتزام بدفع مبلغ من النقود

- Souci, le spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, R.T.D.C. 1982, p. 514 .

وانظرفى التفرقة بين الالتزام بدفع مبلغ من النقود والالتزام القيمى

- Bruneau, la distinction des obligations monétaires et des obligations en nature, thèse Paris 1984; Raymond les dettes de valeur en droit français, Mélanges Brèthe de la Gressaye, p. 611 Pierre. François, la notion de dette de valeur en droit civil 1975, Durand, La dette valeur en droit français thèse, Paris 1972.

كما أن الأطراف قاموا بمواجهة التغير فى قيمة النقود عن طريق شروط اتفاقية لتحقيق الاستقرار الاقتصادى للعقود ، ففى البدايات الأولى لجأوا إلى شرط الوفاء بالذهب وقد صدرت التشريعات فى جميع الدول تقريباً لتحرم هذا الشرط وتنص على بطلانه سواء فى المعاملات الداخلية أو الخارجية (١) وقد اهتدى المتعاقدون إلى شرط المراجعة أو شرط التسعير أو السلم المتحرك "les clauses d'indexation ou d'échélle mobile" ليصلوا إلى مبتغاهم فى المحافظة على قيمة النقود بحيث يتحدد مبلغ النقود الواجب الأداء بالنظر إلى مؤشرات معينة indices يتفق عليها المتعاقدان وقد وضع القضاء الفرنسى بمعاونة الفقه الشروط والضوابط لهذه المؤشرات (٢) .

جـ - بالنسبة لركن السبب :

إن اكثر النظريات التى كانت مثيرة للجدل الفقهى ، هى نظرية السبب . وقد كان هناك فريقان من الفقهاء ، السببين واللاسببين ، وكان الصراع الفكرى بينهم على اشده . ولكن القضاء الفرنسى لم يتأثر باللاسببين واستمر فى ارتباطه بفكرة السبب . التقنين المدنى الفرنسى لم ينظم السبب إلا فى المواد من ١١٣١ - ١١٣٣ . فى ظل هذه المواد لم يفصح المشرع عن إرادته فى التفرقة بين السبب والباعث ، بين سبب الالتزام وسبب العقد . وإذا كان من الواضح ، خاصة على ضوء الأعمال التحضيرية ، أن المشرع اراد ان يأخذ فى اعتباره السبب كمبرر اقتصادى للإلتزام ، كما كان الأمر عند دوما وبوتييه ، إلا أنه قصد أيضاً السماح للقاضى بممارسة رقابة على الهدف الذى يسعى إليه المتعاقدان بإعلان بطلان العقد فى حالة ما إذا كان هذا الهدف غير

---

(١) فى مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وفى فرنسا بقانون ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ ، ٤ فبراير ١٩٥٩ وأنظر فى الخلاف حول نطاق تطبيق هذين القانونين B. starck, op. cit., n° 1413, p. 349 et s .

(2) B. starck, op. cit., n° 1413, p. 34 et s, chr. Larroumet, op. cit., n° 428, p. 395.

مشروع أو غير أخلاقى (قارن م ١١٣٣ مدنى فرنسى) .

وكما يبدو لنا أن المشرع لم يفرق فحسب بين الوظيفتين اللتين يؤديهما السبب ، بل لم يقرر أيضاً إلى أى حد يمكن أن تكون البواعث منضوية تحت فكرة السبب . ولهذا السبب نجد أنه منذ بداية القرن التاسع عشر والخلافات محتدمة بصدد التفرقة بين السبب والبواعث لينتهى القرن التاسع عشر بإتجاه فقهى قوى ضد نظرية السبب من أساسها . ولم يتوقف الخلاف أو يهدأ الجدل حول هذه المسألة إلا بعد عام ١٩٢٠ .

فى القرن العشرين إذا كان هناك ما يزال بعض الفقهاء يؤمن بوحدة فكرة السبب ، إلا أن هذا لا يمنع من أنهم فى بعض الأحوال يسمحون بأن يكون للسبب وظيفة مزدوجة . لكن غالبية الفقهاء الآن فى فرنسا تسمح ، ومعها القضاء ، بإزواجية فكرة السبب (Cf. civ. 1er, 12 juil. 1989, D. 1989, IR. 216, J.C.P. 1989; Bull, civ. I, n° 293, Rev. trim. dr. civ. 1990. 469, obs. Mestre; D. 1991, somm. 320, obs. Aubert) فعندما يتعلق الأمر بوجود السبب ، نجدهم يتكلمون عن سبب الالتزام أو عن السبب المجرد . هذا السبب يمثل وسيلة حماية للمتعاقد حتى لا يتعاقد دون أن يكون لالتزامه سبب . فالأمر يتعلق إذن بالبحث عن المبرر الاقتصادى للالتزام ، فإذا كان الالتزام ليس له مبرر من الناحية الاقتصادية ، فإن العقد لا يكون صحيحاً . فإذا تعلق الأمر بالبحث عن مدى مطابقة السبب للقانون أو للآداب العامة ، أو بصفة عامة الأخذ فى الاعتبار بالبواعث الخاصة عند إبرام عقد معين . نجدهم يتكلمون عن سبب العقد أو السبب الرئيسى الدافع (١) .

وهذا الخلاف كان له أثره على الفقه المصرى ، فهناك من الفقهاء من يرى أن المشرع المصرى لم يأخذ إلا بفكرة واحدة للسبب ، وغالبية

---

(١) أنظر نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ وما بعدها .

الفقهاء ومعها القضاء تذهب إلى ما انتهى الأمر فى فرنسا على النحو السابق بيانه .

٢- نظرية البطلان :

البطلان هو الجزاء المقرر عند تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته . وهناك تفرقة تقليدية بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال مع أن التقنين المدنى الفرنسى لا يفصح عنها صراحة ، وإنما يمكن أن تستخلص من عدد معين من النصوص .

والخلاف فى الفقه الفرنسى حول معيار التفرقة بين نوعى البطلان فالنظرية التقليدية تقوم بالتفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال على أساس التفرقة بين أركان الانعقاد وشروط الصحة . فجعلت البطلان المطلق ، الجزاء الأشد ، لتخلف ركن من أركان الانعقاد أو شرط من شروطه باعتباره المخالفة الأشد جسامة ، بينما جعلت القابلية للإبطال ، الجزاء الأخف ، لتخلف أحد شروط الصحة باعتبارها المخالفة الأقل خطورة . أما الحالات الأخرى التى لا تنضوى تحت أى من هاتين المجموعتين فإن الفقه التقليدى والقضاء يعتبرانها حالات بطلان من نوع خاص ، مثل بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ، وكذلك بطلان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير ... الخ . وقد ترتب على ذلك إتساع نطاق البطلان المطلق فى مقابل انكماش حالات البطلان النسبى .

وقد تعرضت النظرية التقليدية لإنتقادات شديدة من الفقه الفرنسى الحديث حيث شكك فى معيار التفرقة الذى يعتمد على معيار المخالفة الأشد جسامة والمخالفة الأقل خطورة ، استناداً إلى أن الأركان تمثل عناصر أساسية للعقد – على اعتبار أنه كائن حى له أعضاء (١) – إذا حرم العقد منها أو من أحدها ولد العقد ميتاً . بينما على العكس إذا ما حرم العقد من شروط الصحة أو من أحدها بالرغم من استجماعه

(1) J. Flour, J.L. Aubert, op. cit., n° 323, p. 242, F. Terré, ph. simler, Y. Lequette, op. cit., n° 81, p. 92 .

لعناصره الأساسية فإن العقد يكون مصاباً بمرض ، ومن ثم يكون قابلاً للشفاء . لذا يرى الفقه الحديث فى مجموعه أن المعيار التقليدى للتفرقة بين نوعى البطلان غير دقيق على أساس أن شروط الصحة لازمة لإبرام العقد ، بنفس القدر اللازم فيه شروط الانعقاد ، ومن ثم يقتضى المنطق دفع الأمور إلى أبعد من ذلك والبحث عن السبب الذى أعطى لهذه الشروط أو تلك هذا اللزوم وتلك الضرورة لوجود العقد .

ومن هذه النقطة الأخيرة انطلق الفقه الفرنسى الحديث ليقف على الغاية التى تهدف إليها القاعدة القانونية محل المخالفة ليبحث مدى تعلق محل المخالفة بالمصلحة العامة أو بمصلحة أحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر ، أو بمصلحة خاصة بصفة عامة . وبمعنى آخر البحث ، عما إذا كان الشرط المخالف يعمل على سيادة فكرة إقتصادية أو إجتماعية أو أخلاقية فى العلاقات فيما بين المتعاقدين ودون أن يتعلق بحماية المصالح الخاصة بأحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر . فإذا كان الأمر كذلك ، كان الجزاء هو البطلان المطلق ، وإذا كان العكس هو الصحيح كان الجزاء البطلان النسبى (١) .

من أجل ذلك استقر الفقه الحديث فى هذا الصدد على التفرقة بين النظام العام الحمائى L'ordre public de protection ، والنظام العام التوجيهى L'ordre public de diriction ، فالأول يتعلق بحماية أحد المتعاقدين فى مواجهة الآخر أو حماية أى مصلحة خاصة . والثانى يتعلق بحماية المصالح العامة الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية فى المجتمع . ويترتب على ذلك أن الجزاء المقرر عند مخالفة الأول هو البطلان النسبى ، وأن الجزاء المقرر عند مخالفة الثانى هو البطلان المطلق . هذا باختصار معيار التفرقة بين نوعى البطلان فى النظرية الحديثة .

وقد ترتب على ذلك اتساع نطاق حالات البطلان النسبى على خلاف

---

(1) Chr. Larroumet, op. cit., n° 533 , p. 517 et 518 .

النظرية التقليدية ليشمل ما يلى : نقص الأهلية ، عيوب الإرادة ، إنعدام الرضا لإنعدام التمييز ، عدم وجود المحل وقت إبرام العقد إذا اتجه قصد المتعاقدين إلى ضرورة ذلك ، عدم تعيين المحل أو مقداره ، عدم وجود السبب . بينما ضاق نطاق البطلان المطلق ، على خلاف النظرية التقليدية ، ليقتصر فقط على عدم مشروعية المحل أو استحالته ، وعدم مشروعية السبب .

وتهدف النظرية الحديثة فى البطلان إلى حصر القواعد المقررة من أجل المصلحة العامة فى حدها الأدنى خاصة فى إطار التنظيم الحر للتبادل الاقتصادى ، وبالتالى يكون الجزاء الغالب فى مجال إبرام العقود هو القابلية للإبطال .

هذه النظرية تعتبر اكثر إنضباطاً وشمولاً من النظرية التقليدية حيث تقضى على طائفة حالات البطلان من نوع خاص .

ومع ذلك نجد أن القضاء الفرنسى ، رغم تسليمه بأن البطلان النسبى هو بطلان للحماية ، لم يأخذ بمنطق النظرية الحديثة على إطلاقه خاصة بالنسبة لشروط الانعقاد التى تقررت من أجل حماية مصلحة خاصة لأحد الطرفين والتى كان مقتضاها أن يكون العقد قابلاً للإبطال ، إذ مازال متأثراً بالنظرية التقليدية فى هذا المجال ويحكم فيها بالبطلان المطلق ، مثل حالات عدم وجود السبب أو المحل أو عدم تعيين المحل أو مقداره . فنجد القضاء الفرنسى لا يأخذ بما تذهب إليه النظرية الحديثة من التفرقة بين المحل المستحيل وغير المشروع من ناحية وعدم وجود المحل من ناحية أخرى ، وبين عدم وجود السبب من ناحية والسبب غير المشروع من ناحية أخرى ، ويرى القضاء بصدد هذه الحالات أن المخالفة على نحو معين من الجسامة مما يبرر الحكم بالبطلان المطلق . وبالمثل عند تخلف الشكل يحكم القضاء – غالباً – بالبطلان المطلق بالرغم من أنه فى بعض الحالات يكون مقرراً لحماية مصلحة خاصة مما يترتب عليه وفقًا للنظرية الحديثة الحكم

بالإبطال (١) .

وبالرغم من هذا الاتجاه القضائى ، يكاد يجمع الفقه الفرنسى على أنه بالرغم من الإنتقادات التى يمكن أن توجه إلى المعيار المقترح إلا أنه مازال يصلح كموجه عام لا يمكن الاستغناء عنه للتفرقة بين نوعى البطلان وأنه أفضل من المعيار التقليدى لقصوره على استيعاب كل حالات البطلان فى القانون الوضعى (٢) . كما أن هذا المعيار يمكن التخفيف مما قد يعتريه من جمود لو أن القانون الوضعى اتسم بنوع من النفعية القائمة على اعتبارات الملائمة (٣) . وقد ترتب على هذا التطور أن نظرية إجازة التصرف القانونى بالتوازى لحقها تطور كبير (٤) .

ثالثا : التطور فى مجال آثار العقد :

وسنعرض للمحات من التطور فى مجال آثار العقد سواء من حيث الموضوع ، أو من حيث الأشخاص .

١- لمحات للتطور فى مجال آثار العقد من حيث الموضوع :

سنركز هنا على موضوعين أساسيين ، موضوع تكميل العقد ، وموضوع القوة الملزمة للعقد .

أ- تكميل العقد :

نحن نرى أن من أخطر النصوص التى فتحت باباً واسعًا للاجتهاد

---

(1) Chr. Larroumet, op. cit., n° 534, p. 518 J. Flour, J.L. Aubert, op. cit., n° 82, p. 93 et s.

(2) F. Terré, ph. simber, Y. Lequette, op. cit., n° 83, p. 95 . J. Flour, J.L. Aubert, op. cit., n° 338, p. 261.

والمراجع العديدة المشار إليها فيهما .

(3) Chr. Larroumet, op. cit., n° 534, p. 520 .

(٤) انظر أستاذنا G. Couturier, la confirmation des actes nuls, Thèse, Paris, 1969, L.G.D.J. 1997, préface. J. Flour.

القضائى هى المادة ١١٣٥ مدنى فرنسى حيث تنص على أن «لا تقتصر الاتفاقات على إلزام الأطراف بما ورد فيها ، ولكن تتناول أيضاً ما هو من مستلزماتها ، وفقاً للعدالة ، والعرف ، والقانون وبحسب طبيعة الالتزام» (قارن المادة ٢/١٤٨ مدنى مصرى) .

وإستطاع القضاء من خلال هذه المادة أن يفرض على الناقل التزام بضمان سلامة الوصول (Cass. civ. 21 nov. 1911, D. P. 1913. 1. 249) ثم توسع القضاء بعد ذلك فى فرض الالتزام بضمان السلامة فى كثير من العقود ، كعقد الفندقة ،وعقد الرعاية الصحية ، وعقد مع السينما والمسرح ، وعقود الألعاب الرياضية وغير ذلك الكثير . بل إن القضاء ذهب فى مرحلة لاحقة إلى التفرقة بين نوعين من الالتزامات بضمان السلامة ، التزام بضمان السلامة ببذل عناية والتزام بضمان السلامة بتحقيق نتيجة (١) .

وكذلك توسع القضاء فى تطبيق الالتزام بالتبصير بما يتضمنه من التزام بالإعلام والاستعلام والتزام بالنصيحة والتزام بالتعاون (٢) .

ب- القوة الملزمة للعقد :

جاءت المادة ١٣٤ مدنى فرنسى لتضع المبدأ الأساسى فى القوة الملزمة للعقد بنصها على أن «الاتفاقات المبرمة قانوناً تعتبر شريعة للمتعاقدين» «لا يجوز نقضها إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون» «ويجب تنفيذها بحسن نية»

وإستقر ردحاً من الزمن مبدأ عدم قابلية العقد للمساس . وكان هذا المبدأ ، ومازال ، حجر عثرة أمام القضاء الفرنسى فى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة . كما كان أيضاً مانع للقضاء من الاقتراب من الشرط

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر Chr. Larroumet, op. cit., n° 612, p. 618 et s . ph. le Tourneau, L. cadiet, op. cit.,n° 2782, p. 628 et s .

(2) ph. le tourneau, L. cadiet, op. cit., n° 2800, p. 634 et s .

الجزائى وتعديله وذلك حتى عام ١٩٧٥ حيث سمح بذلك

كما أن القانون الفرنسى لم ينظم عقود الاذعان . كما فعل المشرع المصرى ، ولذلك لم يكن القضاء يملك حيال هذه العقود أى سلطة تذكر . ثم حدث تطور هام فى هذا المجال اعتباراً من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ (المعروف بقانون Scriviner I) وقد أدخلت هذه النصوص فى تقنين الاستهلاك (art . L. 132-1) . ثم توالت بعد ذلك التطورات خاصة بعد إنشاء لجنة الشروط التعسفية بمقتضى القانون ١٠ يناير ١٩٧٨ ، وكذلك قانون ٥ يناير ١٩٨٥ الذى أعطى لجمعيات حماية المستهلك الحق فى الإلتجاء إلى القضاء لطلب الإعفاء من الشروط التعسفية . إلى أن تم تنظيم الشروط التعسفية بالقانون أول فبراير ١٩٩٥ إستجابة للتوجيه الأوروبى الصادر فى ٥ أبريل ١٩٩٣ ونص على اعتبار أن هذه الشروط كأن لم تكن مكتوبة ، مما يعنى بطلان هذه الشروط (١) .

كما أن القضاء المدنى الفرنسى ، على خلاف القضاء الإدارى ، لم يأخذ إلى الآن بنظرية الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقود رغم إجماع الفقه على ضرورة الأخذ بها (٢) .

٢- لمحات للتطور فيى مجال آثار العقد من حيث الأشخاص :

بادئ ذى بدء يجب أن نؤكد أنه أصبح من المستقر عليه فى الفقه الآن التفرقة بين مبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ الاحتجاج بالعقد (٣) . كما

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر Chr. Larroumet, op. cit., n° 433, p. 401 et s .

(٢) انظر فى تفصيل اكثر B. starck, op. cit., n° 1910 et s . p 56 et s . J Flour, J.L Aubert, op. cit., n° 401 et s , p. 311 et s J Ghestin, op. cit., n° 148, p. 105 et J. carbonnier. op. cit., n° 67. p. 240 et G Farjat droit privé de l'économie. les obligation, 1975, p. 313, chr- Larroumet, op. cit., n° 4201. p 338 et s.

(٣) انظر دراسة تفصيلية فى ذلك chr- Larroumet. op cit n° 744. p 827 ets

أن مبدأ نسبية أثر العقد يختلف بالنسبة للمتعاقدين عنه بالنسبة للغير .

أ- أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف :

جاءت المادة ١١٦٥ من التقنين المدنى الفرنسى لتؤكد مبدأ الأثر النسبى للعقود . هذا المبدأ لا يثير مشكلة تذكر بالنسبة للمتعاقدين .

كما أنه بالنسبة للخلف العام لا يثير مشكلة حيث أن المادة ١١٢٢ حددت الحدود التى يلتزم فيها الخلف العام . ولكن الخلاف فى فرنسا حول تحديد المقصود بالخلف الخاص (١) ، ولذلك نجد أن المشرع المصرى حدد المقصود بالخلف الخاص والحدود التى تنتقل إليه آثار العقود التى أبرمها سلفه (م١٤٦ مدنى مصرى) .

ب- آثار العقد بالنسبة للغير :

سنرى فكرة الاحتجاج بالعقد ، ثم نعرض بعد ذلك للإستثناءات على مبدأ نسبية أثر العقد :

فكرة الاحتجاج بالعقد من جانب الغير والتوسع فيها :

– من الثابت تقليدياً أنه يمكن الاحتجاج بما أنشأه العقد من حقوق والتزامات بين طرفين على الغير (٢) .

– فالغير حسن النية يحتج قبل المالك الحقيقى بالعقد الصادر إليه من غير المالك ، باعتباره سببًا صحيحًا ، لكى يتمسك بالتقادم الخمسى . والموعود له بالبيع يحتج بعقد الوعد على من تصرف إليه الواعد فى الشئ الموعود ببيعه إخلالاً بوعده ، إذا كان المتصرف إليه سئ النية ، فيكون المتصرف إليه مسئولاً مسئولية تقصيرية قبل

---

(1) Chr. Larroumet, op. cit., n° 730, p. 864.

(٢) انظر فى عرض تفصيلى لذلك Chr. Larroumet, op. cit., n° 750, p. 826 ets .

الموعود له عن اعتدائه على الحق الذى نشأ من عقد الوعد للموعود له قبل الواعد (١)

كما يمكن من ناحية أخرى للغير أن يحتج بالعقد ، فإذا كان الغير طبقاً لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد لا يصبح دائناً بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه ، فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه قبل الطرف الآخر ، قد يكون مصدراً لمسئولية تقصيرية قبل الغير . فللمصاب فى حادث سيارة نتج عن عيب فى صنعها ، أن يرجع بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية على الشركة المنتجة ، متمسكاً بإخلالها بالتزامها كبائعة قبل مشترى السيارة ، والمصاب لم يكن طرفاً فى عقد البيع (٢) .

– محاولة توسيع نطاق المسئولية العقدية بالنسبة لمجموعة العقود وإستجابة الدائرة المدنية لمحكمة النقض لذلك ثم إدانة هذا التوسع من جانب الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يوليو ١٩٩١ (٣) .

- الإستثناءات على مبدأ نسبية أثر العقد :

من أهم الاستثناءات على هذا المبدأ ، الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير .

• الدعوى المباشرة :

وهى وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصياً إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين

هذه الدعوى المباشرة كانت محل دراسة مستفيضة من الفقه لبيان

---

(1) F Terré, ph. simler, Y lequette, op. cit., n° 469, p. 451. B. starck, des contrat, conclus en violation des droits conctractuels d'autrui, J.C.P 1954. I, 1180 .

(2) J. Ghestin. L'application des règles spécifiques de la vente, responsabilité des fabricants et des distributeurs 1995

(٢) انظر فى تفصيل ذلك Chr Larroumet op cit n° 753 bis, p 845 et s

أحكامها وأنواعها (١) .

كما أن الفقه مختلف حول حقيقة هذا الاستثناء على المادة ١١٦٥ مدنى فرنسى (٢) .

● الاشتراط لمصلحة الغير :

نظم التقنين المدنى الفرنسى الاشتراط لمصلحة الغير فى المادة ١١٢١ منه . هذه المادة لا يمكن تحديد المقصود منها إلا بربطها بالمادة ١١٦٥ من التقنين المدنى الفرنسى والتى نصت على مبدأ نسبية أثر العقد . وعلى ذلك فإن لعقد لا يمكن أن يكسب الغير حقاً إلا فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ١١٢١ ، أى أن الاشتراط لمصلحة الغير يمثل استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد .

ومع ذلك نجد أن الفقه فى القرن التاسع عشر لم يكن يرى ذلك . وقد حاول هؤلاء الفقهاء إدخال الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاق مبدأ نسبية أثر العقد ذاته وذلك بالإلتجاء إلى فكرة الإيجاب بعقد معروض على المستفيد ، الفضالة ، الالتزام بالإرادة المنفردة بحيث تنشأ علاقة عن العقد تبرر نشوء الحق للمستفيد دون خرق مبدأ نسبية أثر العقد .

الفقه الحديث رفض هذا التكييف واعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد وانطلق هذا النظام إلى آفاق واسعة إلى حد يجعلنا نتساءل أى استثناء هذا (٣) ؟؟!!

---

(١) أنظر نبيل سعد ، الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠ ، ص ٢١ وما بعدها .

(٢) أنظر Chr. Larroumet, op. cit., n° 795, p. 903 et s .

(٣) أنظر فى تفصيل أكثر Chr- Larroumet, op. cit., n° 796, p. 905 et s. Thend-jou, les- applications- contemporaines de la stipulation pour autrui, Thèse, Paris, 1995 .

المطلب الثانى

في مجال المسئولية المدنية

وسنعرض هنا للمحات التطور فى مجال المسئولية المدنية ، سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بأركان هذه المسئولية .

أولاً : الواقعة المنشئة للمسئولية :

فى هذا الصدد سنجد أن التطور قد أصاب كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء . لنر ذلك بشئ من التفصيل .

١- فى المسئولية العقدية :

المسئولية تقوم على الخطأ العقدى ، أى على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد أو التأخير فيه .

– الخطأ العقدى المكون للركن الأول للمسئولية العقدية يرتكز أساساً على التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة . وهذه التفرقة لم يعرض لها التقنين المدنى الفرنسى ولم يعرفها ، ولكن

– كما أن القضاء قام بإدخال الالتزام بضمان السلامة والالتزام بالتبصير فى كثير من العقود ، وكثيراً ما تقوم المسئولية العقدية بسبب الإخلال بأحد هذين الالتزامين (٢) .

٢- فى المسئولية التقصيرية :

بالنسبة للمسئولية القائمة على الخطأ الثابت نجد أن الخطأ

---

(١) أنظر أنظر فى تفصيل ذلك Ph. le Tourneau, L. cadiet, op. cit., n° 2706, p. 615 et chr. Larroumet, op. cit., n° 606, p. 606 et s .

(2) Ph. le Tourneau, L cadiet, loc. cit, n° 2781, p. 628 et s .

الموجب للمسئولية قد تنوع للغاية ، فهناك الخطأ الناشئ عن خرق القانون أو القواعد العرفية ، والخطأ الناشئ عن استعمال حق ، وكذلك الامتناع الخاطئ (١) .

– أما بالنسبة للمسئولية عن فعل الشئ ، فنظراً لأن التقنين المدنى الفرنسى عرض لها بإقتضاب شديد فى المادة ١/١٣٨٤ فى نهايتها . «... ويكون مسئولاً أيضًا عن الضرر الناشئ عن فعل الأشياء التى فى حراسته» لذلك قد ساهم الفقه والقضاء فى البناء الكامل للمسئولية عن فعل الشئ لتكون المسئولية العامة عن فعل الشئ ، بمعنى أنها ليست احتياطية لا تقوم إلا عند تخلف المسئولية عن الفعل الشخصى (٢) .

وقام القضاء والفقه بمجهود ضخم فى تحديد المقصود بفعل الشئ . كما أن الفقه والقضاء قد عكفا على تحديد المقصود بالحراسة والحارس وأخر هذه الاجتهادات الصادرة فى هذا الشأن التفرقة بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال (٣) .

ثانيًا : الضرر :

ساهم الفقه والقضاء فى تحديد الضرر وبيان أهميته والشروط الواجب توافرها فيه . كما أنهما ساهما فى إقرار مبدأ التعويض على الضرر الأدبى وحددا متى ينتقل هذا الضرر . كما بين الفقه والقضاء فكرة المضرور المباشر والمضرور غير المباشر أو الضرر بطريق الارتداد أو الإنعكاس . كل هذه الأمور لم يتصد لها التقنين المدنى الفرنسى .

ثالثًا : السببية :

قد بين الفقه والقضاء نطاق هذه السببية وحدودها . ونشأت فى ذلك نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج . كما بين الفقه

(1) Ph. le Tourneau, L. cadiet, loc, cit., n° 5716, p. 1052 et s .

(2) Ph. le Tourneau , L. cadiet, op. cit., n° 6706, p. 1190 et .

(3) Ibid, n° 6863 , p. 1209 et s .

والقضاء متى تنقطع رابطة السببية وتكلما عن السبب الأجنبى ، وبصفة خاصة القوة القاهرة والحادث الفجائى ، وفى هذا المجال حدث خلاف فقهى حول التفرقة بينهما من عدمها . وقد تأثر بذلك القضاء المصرى فى مجال المسئولية عن فعل الشئ ولا يعتبر الحادث الفجائى سبباً قاطعاً لرابطة السببية وبالتالى سبباً معفياً من المسئولية (١) .

– وعند تعدد المسئولية لجأ القضاء الفرنسى إلى فكرة التضامم l'abligation in solidum ليوفر للمضرور وسيلة ضمان قوى للحصول على حقه فى التعويض (٢) .

---

(١) انظر نقض ٢٦/١٠/١٩٨٨ الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ق، ٢٧/٢/١٩٩١ الطعن رقم ١٠٣٦ لسنة ٦٠ق ، ١١/٦/١٩٩٦ س ٤٧ ص ٩٤٠، انظر نبيل سعد ، المصادر ص ٤٣٤ .

(٢) انظر نبيل سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامم ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠ .

المطلب الثالث

فى مجال الإثراء بلا سبب

تمهيد :

نظم التقنين المدنى الفرنسى شبه العقد Des quasi- contrats فى المواد من ١٣٧١ – ١٣٨١ . وقد كرس للفضالة من المادة ١٣٧٢ –١٣٧٥ تنصب على تعريفها وبيان التزامات الفضولى والعناية الواجبة فى تنفيذ الفضولى لإلتزاماته ، ثم بيان التزامات رب العمل . وتم تنظيم دفع غير المستحق فى المواد ١٣٧٦ – ١٣٨١ وقد بين المشرع شروط دفع غير المستحق وأفرد نص المادة ١٣٧٧ لبيان الحالات التى يسقط فيها الحق فى الرجوع بدفع غير المستحق ، ثم تناول فى المواد الأخرى أحكام دفع غير المستحق ، سواء فى حالة الموفى له سئ النية ، وسواء كان الموفى به عقاراً أو منقولاً ماديًا ، ثم الموفى له حسن النية ، وأخيراً أحكام المصروفات الضرورية .

على ضوء ما تقدم نجد أن المشرع الفرنسى لم يضع قاعدة عامة للإثراء بلا سبب وإنما اقتصر على تنظيم حالات متفرقة أهمها الفضالة ، ودفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والغرس فى أرض الغير . ودرج القضاء الفرنسى على تطبيق هذه الحالات المتفرقة دون ردها إلى قاعدة عامة . وفى مرحلة لاحقة اعترف القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أساس أنها فرع من الفضالة ، واعتبر الإثراء بلا سبب فضالة اختل فيها ركن .

وقد كان للفقيه Aubry et Rau دوراً بارزاً فى الاتجاه الفقهى الذى حاول أن يجعل الإثراء بلا سبب قاعدة عامة مستقلة عن الفضالة ، وأن الحالات الخاصة المتفرقة الواردة فى التقنين ليست إلا تطبيقات لهذه القاعدة . وعلى ذلك فإن الإثراء بلا سبب يعتبر فى نظرهم مصدراً مستقلاً للإلتزام يقوم على قواعد العدالة . وقد سار القضاء فى نفس

هذا الاتجاه لكن مع تقييد هذه القاعدة بقيدين : **الأول** : أن دعوى الإثراء تعتبر دعوى إحتياطية لا يجوز الإلتجاء إليها إلا إذا انعدمت السبل القانونية ، والثانى يشترط فى الإثراء أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ولنر ذلك بشئ من التفصيل .

أولاً : الاختلاف حول طبيعة الإثراء بلا سبب :

قبل الجهود التى بذلها Aubry et Rau مع الفقه من أجل اعتبار الإثراء بلا سبب قاعدة عامة مستقلة عن الفضالة ، وإعتباره مصدراً مستقلاً للالتزام يقوم على قواعد العدالة ، كان هناك اختلاف شديد فى الفقه حول طبيعة الإثراء بلا سبب .

– رأى يذهب إلى أن الإثراء بلا سبب فضالة ناقصة : هذا الرأى لا يعترف بقاعدة الإثراء بلا سبب وإنما يردها إلى الفضالة التى نظمها المشرع الفرنسى ويعتبر الإثراء فضالة ناقصة اختل فيها قصد التدخل لتدبير شأن عاجل للغير .

وقد انتقد هذا الرأى على أساس أن هناك فروق جوهرية تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، فمن حيث الطبيعة نجد أنه يشترط لوجود الفضالة نية القيام بشأن عاجل لحساب شخص أخر ، أما الإثراء بلا سبب فلا يشترط فيه ذلك وإنما يكفى فقط مجرد تحقق الإثراء دون سبب قانونى . هذا الاختلاف فى الطبيعة له إنعكاس على أحكام كل منهما ، ففى الفضالة ، حيث الفضولى يقوم بعمل ذو طابع غيرى ، لذلك فإن القانون يلزم رب العمل بأن يرد علاوة على المصروفات الضرورية المصروفات النافعة التى صرفها حتى ولو لم ينتج عن هذه المصروفات منفعة لرب العمل ، بينما فى الإثراء بلا سبب حيث لم يقصد المفتقر أن يؤدى خدمة للمثرى ، فليس له إلا الرجوع على المثرى بأقل القيمتين ، قيمة الافتقار وقيمة الإثراء ، علاوة على أن الفضولى يعوض عن أى أضرار تصيبه ويستحق أجراً إذا كان عمل الفضالة داخل فى نطاق مهنته ، وغير ذلك مما لا يوجد فى أحكام الإثراء بلا سبب .

– رأى أخر يذهب إلى إسناد الإثراء بلا سبب إلى أحكام المسئولية

التقصيرية ، على أساس أن الإثراء فى هذه الحالة يعتبر عملاً غير مشروع ، فلا يجوز للمثرى إستبقاءه وإلا ارتكب خطأ يخول الرجوع عليه وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

وقد انتقد هذا الرأى على أساس أن الإثراء واقعة لا تعد فى ذاتها خطأ ، بل هو عمل نافع ، فكيف توصف بأنها عمل غير مشروع . كما أنه إذا أقمنا دعوى الإثراء بلا سبب على أساس المسئولية التقصيرية لوجب أن يكون للمفتقر الحق فى الحصول على تعويض كامل ، على حين أن المفتقر لا يستطيع الرجوع على المثرى إلا بأقل القيمتين ، قيمة الافتقار وقيمة الإثراء .

– أخيراً حاول انصار نظرية تحمل التبعة رد الإثراء بلا سبب إلى هذه النظرية على أساس أن النشاط الضار يقابله الالتزام بتحمل تبعة التعويض ، فإن النشاط النافع يقابله الحق فى استرداد الإثراء بلا سبب . ولكن هذه النظرية تخرج بنظرية الإثراء عن حدودها المعروفة حيث تؤدى إلى أن يكون لكل من ترتب على نشاطه إثراء لغيره أن يرجع على هذا الغير بشكل ما أثرى ولو لم يكن هناك افتقار ، فى حين أن الافتقار يعتبر شرطًا ضرورياً فى دعوى الإثراء ، فإذا لم يكن هناك افتقار فلا يجوز الرجوع ولو كان هناك إثراء .

الخلاصة :

رغم عدم وجود نص على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ورغم الجهود الفقهية السابقة ، إلا أن الفقه والقضاء مستقران الآن على أن الإثراء بلا سبب قاعدة عامة مستقلة عن الفضالة ورد كل التطبيقات الأخرى بما فيها الفضالة إلى هذه القاعدة العامة . كما أن القضاء استقر على أن الإثراء بلا سبب يعد مصدراً مستقلاً للالتزام ، ولكنه أورد عليه قيدان على النحو الذى سوف نراه .

ثانيًا : شروط تحقق الإثراء :

تتلخص هذه الشروط فى أن يكون هناك إثراء ، وإفتقار ، وإنعدام

للسبب القانونى لهذا الإثراء . وقد طرأت تطورات على كل هذه الأركان .

١- الإثراء والافتقار :

كان الفقه التقليدى ينظر إلى دعوى الإثراء على أنها تقصد بصفة أساسية استرداد قيمة مالية انتقلت من ذمة إلى أخرى . أما الاتجاه الحديث فى الإثراء يرى أنه لا يلزم أن يقتصر الإثراء على اكتساب مال جديد أو زيادة قيمة المال ، بل يمكن أن يشمل الإثراء المعنوى الذى يتعلق بالمنافع ذات الطابع الشخصى ، كتقديم مشورة قانونية أو طبية ، أو الاستفادة من تصميم مهندس أو لحن موسيقى ، أو من وساطة سمسار ، إذا تمت الصفقة بعد ذلك بعيدة عنه .

– وكذلك انتقل هذا المفهوم إلى الافتقار حيث أن يتحقق عندما يفوت على الشخص منفعة كان من حقه الحصول عليها ، كسكن شخص منزل آخر دون عقد إيجار .

٢- إنعدام السبب القانونى للإثراء :

واختلف الفقه حول تحديد المقصود بالسبب القانونى للإثراء الذى يحول دون رجوع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . فذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء يعتبر بلا سبب إذا كان غير عادل . هذا الرأى ربط فكرة الإثراء بلا سبب بفكرة غامضة وغير محددة وهى العدالة . وذهب رأى آخر إلى أن للسبب معنى اقتصادى وقانونى ، فالسبب هو العوض عن الإثراء ، ثم اختلفوا بعد ذلك حول المقصود بالعوض équivalent هل الحق الأدبى le droit moral ، هل هو المقابل Contre- partie ، هل هو النظير Contre- prestation أى الأداء المقابل .

– وقد انتهى القضاء الفرنسى فى الوقت الحاضر إلى أن المقصود فى هذا الصدد هو انعدام المصلحة الشخصية عند المفتقر حيث أنه لا يستطيع أن يرفع دعوى الإثراء بلا سبب إلا إذا كان افتقاره غير ناشئ

عن أى عقد أو قاعدة قانونية (١) .

وهذا ما أخذ به القانون المدنى المصرى الحالى منذ عام ١٩٤٨ حيث حدد السبب بالسند القانونى ، سواء كان هذا السند تصرفاً قانونياً أو حكماً من أحكام القانون (٢) .

الخلاصة :

إقرار قاعدة الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فى فرنسا ولكن مع وضع قيود معينة عليها . فالقضاء الفرنسى يعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطة لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى وذلك حتى لا تطغى هذه الدعوى على جميع نواحى القانون خاصة بعد تحررها من تبعيتها لدعوى الفضالة . كما يشترط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى حيث يرى أن الغرض من هذه الدعوى هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين والوقت المعتبر لذلك هو وقت رفع الدعوى حيث هو الوقت الواجب تقدير الإثراء فيه ، فإذا زال قبل هذا الوقت ، فقد زال معه الاختلال المراد معالجته . كما أن هذا القيد هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة . كما أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ولذلك وجب أن يقدر كل منهما وقت رفع الدعوى .

القانون المصرى وضع قاعدة عامة للإثراء وجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقاً لها علاوة على التطبيقات الأخرى وحرر دعوى الإثراء بلا سبب من هذه القيود بعد أن أصبح معنى سبب الإثراء

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك F. Terré, ph. simler, Y. Lequette, op. cit., n° 975, p. 901 et s .

(٢) انظر نبيل سعد ، المصادر ، ص ٤٩٧ .

منضبطًا على النحو السابق بيانه . كما أن مصدر الإثراء هو واقعة الإثراء لذلك يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتقدير التزام المثرى بالتعويض ، فالإثراء منذ دخل ذمة المثرى نشأ على عاتقه الالتزام بالتعويض ، بصرف النظر عما إذا كان هذا الإثراء قد زال أو ظل قائماً أو زاد أو نقص .

الخاتمة

بعد العرض السابق للفكر القانونى والفلسفى وأثره على تطور نصوص التقنين المدنى ، ولملمحات التطور فى ظل الثبات فى نطاق مصادر الالتزام نخلص إلى النتائج الآتية :

أولاً : دلت الدراسة على انه بالرغم من ثبات نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى مجملها فى مجال مصادر الالتزام إلا أن ذلك لم يحل دون تطور الأنظمة القانونية وملاحقتها للمستجدات الحديثة .

ثانياً : أن الدراسة التاريخية دلت على أن الاستقرار والثبات سمة أساسية من سمات القانون . كما أن الإلتجاء إلى أداة التشريع لملاحقة التطورات المتسارعة يؤدى فى الغالب إلى عدم الاستقرار ، بل وإلى الاضطراب الاقتصادى والاجتماعى لعدم استطاعة المتقاضين متابعة التشريعات المتوالية ، وبلغ الأمر ، فى بعض البلدان ، حد عدم استطاعة المتخصصين أنفسهم من متابعتها ، مما كان له أثره السلبى على تحقيق العدالة .

ثالثاً : إن ثبات نصوص التقنين المدنى فى مجال مصادر الالتزام ادى إلى فتح المجال واسعاً أمام الاجتهادات الفقهية والقضائية . هذه الاجتهادات تشكل الفكر القانونى المعاصر الذى أصبح موئل لكل المشتغلين بالقانون بالبلدان المنتمية إلى المدرسة اللاتينية .

تم بحمد الله



فهرس